

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

35

XUNTA DE GALICIA

35

SETEMBRO - DECEMBRO
2003

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: M^a do Carme González Bueno
Raquel Rodríguez Parada

Deseño gráfico: uqui lllll cebra

Imprime: Valladares

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 aparezan nesta revista.



REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luis Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal

Secretario xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural

Roberto Luis Blanco Valdés

Catedrático de dereito constitucional da Universidade de Santiago de Compostela

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo

Secretario de Administración local

M^a José Castro Carballal

Xefa do Servizo de Administración e Persoal do Valedor do Pobo

José Ramón Cólera Leirado

Letrado maior do Parlamento de Galicia

María Victoria de 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

Antonio Grandío Dopico

Decano do Colexio de Economistas 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

Valentín Alejandro Martínez Fernández

Profesor titular de Comercialización e Industrialización de Mercados da Universidade da Coruña

Jesús Martínez Girón

Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña

Juan Jesús Raposo Arceo

Profesor da Universidade da Coruña

Luís Rodríguez-Ennes

Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo

Juan Rodríguez Yuste

Conselleiro de Innovación, 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

José Ramón Vázquez Sandes

Valedor do pobo

Jesús Vázquez San Luís

Secretario xeral da Consellería de Innovación, 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

Domingo Bello Janeiro	The elderly in the Constitution _____	15
José Luis de los Mozos y de los Mozos	Contract anomalies and their remedies: nonexistence, nullity and annulability in the preliminary draft of the European code of contracts of the Academy of Pavía _____	37
Juan Miguel de la Cuétara Martínez	Parliamentary debates and royalties _____	57
Juan Cadarso Palau	Forensic documents and reports, sentences and copyright _____	73

NOTES AND COMMENTS

Cándido Conde-Pumpido Tourón	Breach of secrets _____	89
Agustín Luna Serrano	Legal problems of tutelage, welfare and the protection of the elderly _____	123
Jaime Aneiros Pereira	Late interest charges in tax management in Galicia _____	141
Antonio Lizarriturri Rosende	The foundation of the financial autonomy: historical evolution and current situation _____	191

JURISPRUDENCE

Pablo González Mariñas	Punitive duplicity between administrative sanctions and court punishments: a new vision of the "treble identity" (C.C.S. 2/2003, of 17 th January) _____	215
-------------------------------	---	------------

SUMARIO

ESTUDIOS

Domingo Bello Janeiro	As persoas maiores na Constitución _____	15
José Luis de los Mozos y de los Mozos	Anomalías del contrato y sus remedios: inexistencia, nulidad y anulabilidad en el anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía _____	37
Juan Miguel de la Cuétara Martínez	Debates parlamentarios y derechos de autor _____	57
Juan Cadarso Palau	Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual _____	73

NOTAS E COMENTARIOS

Cándido Conde-Pumpido Tourón	Violación de secretos _____	89
Agustín Luna Serrano	Problemas legales sobre la tutela, asistencia y protección de las personas mayores _____	123
Jaime Aneiros Pereira	O xuro de mora na xestión tributaria de Galicia _____	141
Antonio Lizarriturri Rosende	Fundamento da autonomía financeira: evolución histórica e situación actual _____	191

XURISPRUDENCIA

Pablo González Mariñas	Duplicidade punitiva entre sancións administrativas e penas: unha nova visión constitucional (STC 2/2003, do 16 de xaneiro) _____	215
-------------------------------	---	------------

PARLIAMENTARY CHRONICLE

- A dynamic consideration of the Xunta de Galicia,
the functioning of the council and the procedures
225 _____ of the administration **Xosé Antón Sarmiento Méndez**

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- Conference on the town council from
a 21st Century perspective
243 _____ A Coruña, 9th and 10th April, 2002 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- Conference on electronic administration:
opportunities and challenges for territorial entities
281 _____ Pontevedra, 28th and 29th May, 2002 **Juan González Hiltner**
- Conference on unemployment reform
295 _____ A Coruña, 24th and 25th February, 2003 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- Conference on the town planning Law and
the protection of the rural environment in Galicia
[Law 9/2002 December]
317 _____ Vigo, 5th June; Ourense, 10th June; Lugo, 18th
June and A Coruña, 24th June, 2003 **Mercedes López Caneda**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- Customs practice in duty-free zones and bond-free warehouses*
José Ramón Astarloa Sáenz
331 _____ Duty-free zone of Vigo, 2003 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- Legal mythology in the modern age*
Paolo Grossi
333 _____ Trotta, Madrid, 2003 **Faustino Martínez Martínez**
- Sustainable development and globalization*
Demetrio Loperena Rota
345 _____ Aranzadi, Navarra, 2003 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- A consideración dinámica da Xunta de Galicia:
funcionamento do consello e procedementos
do executivo **Xosé Antón Sarmiento Méndez**
225

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Xornadas sobre o municipio desde
a perspectiva do século XXI
A Coruña, 9 e 10 de abril de 2002 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
243
- Xornadas sobre administración electrónica:
oportunidades e desafíos para os entes territoriais
Pontevedra, 28 e 29 de maio de 2002 **Juan González Hiltner**
281
- Xornadas sobre a reforma do desemprego
A Coruña, 24 e 25 de febreiro de 2003 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
295
- Xornadas sobre a Lei de ordenación urbanística
e protección do medio rural de Galicia
(Lei 9/2002 do 30 de decembro)
Vigo, 5 de xuño; Ourense, 10 de xuño; Lugo, 18
de xuño e A Coruña, 24 de xuño de 2003 **Mercedes López Caneda**
317

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- Las prácticas aduaneras en las zonas y depósitos francos*
José Ramón Astarloa Sáenz
Zona Franca de Vigo, 2003 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
331
- Mitología jurídica de la Modernidad*
Paolo Grossi
Trotta, Madrid, 2003 **Faustino Martínez Martínez**
333
- Desarrollo sostenible y globalización*
Demetrio Loperena Rota
Aranzadi, Navarra, 2003 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
345



AS PERSOAS MAIORES NA CONSTITUCIÓN

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de dereito civil e director
da Escola Galega de Administración Pública

1. Introducción

Para referirse ás persoas maiores, á ancianidade ou á vellez, a Constitución Española utiliza o eufemismo «terceira idade». Está admitido, convencionalmente, que son persoas maiores as que cumpriron 65 anos, que é a idade máis común para a xubilación. Outras denominacións fan referencia a «persoas lonxevas» cando acadan os 80 anos, «maiores novos» os de 60 a 75 anos e «maiores maiores» os que teñen 75 ou máis.

A problemática das persoas maiores é susceptible de estudio desde diferentes perspectivas, entre as que destacarían as seguintes:

a) Biolóxica

A evolución da vida dunha persoa ten unha incidencia importante no seu desenvolvemento físico, que ó final conduce a un deterioro das funcións biolóxicas. O comezo dese estrago varía en cada individuo e en cada sociedade e momento histórico en función do nivel de vida, sanitario, etc. que marca unha esperanza de vida concreta. España é o terceiro país cunha maior esperanza de vida en Europa. Co transcurso do tempo van aparecendo trastornos físicos que se incrementan a partir dos 60 anos, co correspondente aumento da demanda de atención sanitaria, etc.

b) Demográfica

Os estudos demográficos relativos ás persoas maiores resultan fundamentais para a planificación das políticas sobre os anciáns. Os indicadores demográficos revelan información sobre o peso das persoas maiores no conxunto da poboación e relativamente por sexo e grupos de idade, a distribución xeográfica, etc. De especial interese resultan as proxeccións de evolución das persoas maiores en España, como a realizada para o período 1900-2050, coas correccións correspondentes que se irán producindo con motivo da análise dos sucesivos censos de poboación¹.

Chama a atención do século XX o proceso de envellecemento da poboación e, especialmente no último cuarto de século, a porcentaxe de incremento das persoas maiores de 80 anos moi superior ó resto da poboación. Iso, unido ó descenso da natalidade, ás xubilacións anticipadas pola reestructuración da economía e ó carácter estrutural do desemprego, configuran un panorama inquietante para os poderes públicos.

En Galicia contamos na actualidade cunhas 550.000 persoas maiores de 65 anos, das que 230.000 son maiores de 75 anos, hai uns 600 maiores de 100 anos, viven só 100.000 anciáns, existe, na metade dos fogares, unha persoa maior e temos aproximadamente un 32 % de anciáns dependentes, é dicir, que precisan axuda doutra persoa na súa vida diaria.

c) Psíquica, psicosocial e cultural

O grao de dependencia do resto das persoas do seu contorno (familiar, etc.), derivado dos achaques físicos ou psíquicos, da diminución dos ingresos pola xubilación, etc. vai configurando unha psique especial das persoas maiores. Pero a cuestión agrávase cando a visión que ten a sociedade dos anciáns é negativa e excluínste, xa que repercute na autoestima da persoa maior. Os estereotipos respecto da inactividade e pasividade dos anciáns están moi difundidos na sociedade actual. As enquisas revelan que os anciáns se senten excluídos nunha sociedade na que priman os valores da xuventude e que está obsesionada por non envellecer. Nun avance dun estudio da Sociedade Española de Xeriatría indícase que as mulleres maiores temen sufrir unha demencia, mentres que ós homes preocúpalles máis a soidade pola perda do cónxuxe; a enfermidade como anticipo da dependencia é temida por ámbolos dous sexos.

¹ Para datos estatísticos: Instituto Nacional de Estadística [<http://www.ine-es/>]; Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad [<http://www.seg-social.es/imserso/>]; Portal Mayores (Imsero/Csic) [<http://imsersomayores.csic.es/>]; Sociedad Española de Geriatria y Gerontología [<http://www.segg.es/segg/index.html>].

d) Económica

Na nosa sociedade, a xubilación pon fin á vida profesional, o que vai xeralmente unido a unha diminución dos ingresos económicos individuais, que afecta ó nivel de vida e ó poder adquisitivo das persoas maiores, a pesar dos bos propósitos da Constitución que prevé para os cidadáns na «terceira idade» unhas pensións axeitadas, periodicamente actualizadas e suficientes, e das melloras introducidas nos últimos anos no Sistema Público de Pensións.

O financiamento dos gastos crecentes de protección social á vellez, ou das atencións sanitarias é hoxe un problema de primeira magnitude, segundo revelan os indicadores económicos.

Un dos conceptos máis importantes dos gastos de protección social son as pensións. Estas parecen insuficientes para cubri-los gastos ordinarios dunha persoa maior e, especialmente, das mulleres que tiveron unha menor participación no mundo laboral.

e) Xurídica

O noso sistema xurídico non considera o ancián como unha persoa necesitada de especial protección, aínda que esta situación está cambiando². A Constitución (artigo 50) establece que os poderes públicos garantirán a suficiencia económica dos cidadáns na «terceira idade» e promoverán o seu benestar a través dos servizos sociais. Tamén son moitas as comunidades autónomas que dispoñen xa de leis (leis de servizos sociais, etc.) para a protección das persoas maiores.

En tódolos casos, non atopamos unha definición de «terceira idade», «anciáns» ou «persoas maiores», senón unha referencia á idade para ter acceso a determinadas prestacións.

A Constitución permítelles ás comunidades autónomas que poidan asumir-las competencias en materia de asistencia social (artigo 148.20), é dicir, as políticas de ancianidade. Por iso, no que se refire a Galicia, o Estatuto de Autonomía de Galicia de 1981 recoñece como competencia exclusiva da Comunidade Autónoma a asistencia social (artigo 27.23º). A lexislación das autonomías e a práctica administrativa dos últimos anos tratan de evita-la expresión «asistencia social» e prefiren expresións como a mencionada no texto constitucional «servizos sociais», ou tamén a de «acción social». Por outra parte, Galicia ten competencia exclusiva en materia de dereito civil propio de acordo co artigo 149.1.8 da Constitución Española e o 27.4 do Estatuto de Autonomía, o que xustifica a regulación propia, por exemplo, da autotutela.

² FABREGA RUIZ, Cristóbal: *Protección jurídica de la tercera edad*, Ed. Colex, 2000, páxs. 25 e ss.

A ninguén nos cabe dúbida de que o ancián é unha persoa especialmente necesitada de protección, máxime nos casos de demencia, situacións de exclusión do sistema sanitario ou de procesos de desamparo e discriminación. En todos estes casos, o dereito ten un papel decisivo na protección dos dereitos destas persoas. Un dos mecanismos xurídicos de protección é a incapacitación cando as persoas son «incapaces para gobernarse a si mesmas», por enfermidades ou deficiencias de carácter físico ou psíquico. Cando o procedemento xudicial, que debe respectar escrupulosamente os dereitos do presunto incapaz, así o determine, correspóndelle a un titor a representación do incapacitado.

Entre as persoas maiores hai unha elevada proporción que reside no seu propio fogar, sós ou en compañía do cónxuxe ou con outras persoas. Hai maiores con discapacidades e dependentes, e os seus coidados son atendidos polo chamado sistema de apoio informal (principalmente familias, fillos e esposas). Dentro dos servicios públicos de atención ás persoas maiores cómpre sinala-los seguintes: o de axuda a domicilio, o de teleasistencia, os fogares e clubs, os de atención residencial, etc.

Hai un sector doutrinal³ que reclama para as persoas maiores un maior protagonismo social, sinala que o punto de partida debe se-la idea de «persoa» e despois a idea de «maior», considera que o productivo non é soamente xerar un valor económico, aconsella supera-lo concepto negativo de xubilación, avoga por un nivel de vida razoable con pensións dignas, destaca o papel das persoas maiores como consumidores de bens e servicios, e recomenda actividades preventivas para adaptarse ó cambio que significa a xubilación e para completa-lo ciclo vital cunha boa saúde.

2. A protección dos anciáns na Constitución de 1978

Como marco xurídico-social de salvagarda dos dereitos e deberes de todos e cada un dos cidadáns, a Constitución española instaurou un auténtico sistema de garantías para que os principios que se recoñecen resulten finalmente efectivos. En torno a este sistema gravita de modo nuclear o concepto de «dignidade da persoa», cunha clara vocación de universalidade e sen ofrecer cauce a ningún elemento ou circunstancia que poida dar lugar a ningunha discriminación ou diferenciación.

O punto de partida é que toda persoa maior é suxeito indiscutible de dereitos humanos, recollidos na Constitución, algúns dos cales adquiren especial significación en determinadas circunstancias:

³ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J.: «El papel de las personas mayores en la nueva sociedad», relatorio presentado nas *Xornadas sobre a tutela das persoas maiores*, organizadas pola EGAP na Coruña os días 8 e 9 de maio de 2003.

1. O eixe central da condición do ser humano recoñécese no artigo 10: «A dignidade da persoa, os dereitos inviolables que lle son inherentes, o libre desenvolvemento da personalidade, o respecto á lei e ós dereitos dos demais son fundamento da orde política e da paz social».

2. Outro dereito esencial é o contido no artigo 14, relativo ó principio de igualdade, en tanto que resulta de todo inadmisíbel e intolerable calquera tipo de discriminación por «condición ou circunstancia persoal ou social».

3. Dada a realidade na que se moven os anciáns, cómpre ter en conta o dereito á liberdade contemplado no artigo 17, fundamentalmente pola fácil e frecuente vulnerabilidade que rodea as persoas de avanzada idade.

4. De grande importancia é tamén o dereito á «integridade moral e física» recoñecido no artigo 15, ademais do dereito á vida, «sen que, en ningún caso, poidan ser sometidos a tortura nin a penas ou tratos inhumanos ou degradantes». Con idéntica finalidade garántese no artigo 18 «o dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe».

5. Finalmente, ademais do previsto nos artigos 41 e 50, que para os efectos da presente conferencia son os que presentan un maior interese e que por iso serán obxecto de comentario por separado, deben salientarse, non obstante, como preceptos constitucionais nos que se regulan as obrigas dos poderes públicos, en canto serven para organizar e tutelar aquelas circunstancias que faciliten o cumprimento das directrices xerais da política económica e social, os principios rectores reflectidos, entre outros, no artigo 39, cando di que os poderes públicos teñen a obriga de asegura-la protección social, económica e xurídica da familia, ou na alínea segunda do artigo 43 cando sinala que organizar e tutela-la saúde pública compételles ós poderes públicos mediante medidas preventivas e prestacións necesarias.

Aínda que todos estes dereitos constitucionais non sempre son adecuadamente respectados, o certo é que veñen constituí-la salvagarda e o amparo legal para calquera persoa, con independencia da idade que teña, e isto malia que a realidade social do ancián en numerosas ocasións presenta todo tipo de conflitos, e poden chegar a ser moitas as causas que motiven o incumprimento ou quebrantamento da norma constitucional, xa sexa por tratarse dunha realidade complexa, pola falta de conciencia social, ou ben por mero descoñecemento da normativa, ou, cada vez en maior medida, pola intromisión de intereses de índole privada.

De feito, a pesar de que os dereitos constitucionais son propios de calquera persoa, e poden ser alegados en todo momento e circunstancia, con frecuencia, e dada a realidade que nos rodea, con evidente primacía dos intereses privados, o respecto pola dignidade do ancián, pola liberdade en xeral, reflicten unha fragilidade que en moitas ocasións non se respecta e si se ve vulnerada.

Os artigos 41 e 50 como normas de protección constitucional dos anciáns

Sen prexuízo da debida contemplación de tódolos dereitos constitucionais mencionados, na nosa Carta magna encontramos dous preceptos claves na atención e protección do ancián. Dunha parte, o artigo 41 cando afirma que «Os poderes públicos manterán un réxime público de Seguridade Social para tódolos cidadáns, que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente en caso de desemprego. A asistencia e prestacións complementarias serán libres». Este precepto básico en materia de Seguridade Social distingue tres niveis: o contributivo de base profesional, o asistencial ou non contributivo, e o complementario.

Doutra parte, o artigo 50, que di: «Os poderes públicos garantiránlles, mediante pensións adecuadas e periodicamente actualizadas, a suficiencia económica ós cidadáns durante a terceira idade. Así mesmo, e con independencia das obrigas familiares, promoverán o seu benestar mediante un sistema de servizos sociais que atenderán os seus problemas específicos de saúde, vivenda, cultura e ocio». Esta norma determina en primeiro lugar que a suficiencia económica dos cidadáns da terceira idade deberá ser garantida polos poderes públicos a través de pensións adecuadas e periodicamente actualizadas. E, en segundo lugar, establece que, sen ser incompatibles coas obrigas familiares que o lexislador tamén regula, deberán ser igualmente funcións dos poderes públicos a promoción do benestar do ancián mediante un sistema de servizos sociais que atenderán os seus problemas específicos de saúde, vivenda, cultura e ocio.

O sistema constitucional da Seguridade Social: o artigo 41

Como foi destacado doutrinalmente⁴, o artigo 41 permitiu remodelalo sistema de Seguridade Social, ó redor dos principios de universalidade subxectiva –tódolos cidadáns, contribúan ou non economicamente ó sistema–, xeneralidade obxectiva –a través da cobertura das distintas situacións de necesidade–, suficiencia das prestacións –con independencia dos ingresos profesionais anteriores–, e financiamento público –a través dos orzamentos xerais do Estado–. E conforme a estas orientacións constitucionais, foise organizando o actual sistema mixto de Seguridade Social,

⁴ J.L. BELTRÁN AGUIRRE, «La ordenación jurídica de la atención y protección de los ancianos por las Administraciones Públicas», *Los derechos no caducan con la edad: el año internacional de las personas mayores* (XVIII Cursos de Verano en San Sebastián, XI Cursos Europeos UPV/EHU 1999), colección *Jornadas sobre derechos humanos*, Editorial Ararteko, 1999, páxs. 31 e ss. No mesmo sentido, M.R. ALARCÓN CARACUEL, «Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conforme a la Constitución», na obra colectiva *Veinte años de Ordenamiento Constitucional*, Editorial Aranzadi, 1999, páxs. 65 e ss.

en parte contributivo, financiado mediante as cotizacións sociais, e en parte non contributivo, financiado polas achegas do Estado ó orzamento da Seguridade Social.

Neste sentido, a Seguridade Social converteuse nunha función do Estado (SSTC 103/1983, do 22 de novembro e 65/1987, do 21 de maio), sobre todo aténdonos ó feito de que o mandato contido no artigo 41 da Constitución supón afastarse de concepcións anteriores da Seguridade Social en que primaba o principio contributivo e a cobertura de riscos e continxencias (ademais das dúas anteriores, STC 104/1983, do 23 de novembro).

De conformidade con esta mesma xurisprudencia, cabe soste que o sistema da Seguridade Social se configura como un réxime legal, en que tanto as achegas dos afiliados como as prestacións que se deben dispensar, os seus niveis e condicións, veñen determinados por regras que se integran no ordenamento xurídico e que están suxeitas ás modificacións que o lexislador introduza. Do artigo 41 non pode deducirse que a Constitución obrigue a que se manteñan todas e cada unha das pensións iniciais na contía prevista, nin que todas e cada unha das xa causadas experimenten un incremento anual (STC 134/1987, do 21 de xullo); aínda que a relación entre cota e prestación non se antolla necesaria desde o momento en que a Seguridade Social se converte nunha función do Estado, o sistema vixente en non poucas ocasións está inspirado no principio de correspondencia entre cotizacións e prestacións (a mesma sentenza fala de correspondencia limitada entre cotización e percepción), e sen que, en vía de amparo, o Alto Tribunal poida pronunciarse sobre o tema (STC 121/1983, do 15 de decembro).

Por outra parte, especial referencia merece a expresión «situacións de necesidade» contida no artigo 41, pois aínda que na norma se establece a obriga dos poderes públicos de manter un réxime de Seguridade Social para tódolos cidadáns, que garanta a asistencia e as prestacións sociais suficientes en «situacións de necesidade», a adopción deste termo non se opón á idea de prexuízo. Como se pon de manifesto na citada STC 103/1983, do 22 de novembro, «a referencia a unha 'situación de necesidade' ou a un 'estado de necesidade' obedece á vontade de superala primitiva perspectiva legal, onde era prioritaria a noción de 'risco' ou 'continxencia', que se produciu na Lei de bases da Seguridade Social de 1963, mesmo cando aínda subsista parcialmente unha atención diferenciada do estado de necesidade segundo o risco de que deriva: accidente de traballo ou non. Acolle-lo estado ou situación de necesidade como obxecto e fundamento da protección, implica unha tendencia a garantirlles ós cidadáns un mínimo de rendas, establecendo unha liña por debaixo da cal comeza a actua-la protección. O feito é, sen embargo, que esta tendencia non aparece plasmada na nosa normativa legal, que non se basea na pro-

tección fronte á pobreza, senón na compensación fronte a un dano, como é un exceso de gastos ou un defecto de ingresos orixinado pola actualización dunha determinada continxencia (morte, incapacidade, etc.)» (Fundamento xurídico 4). E é que, a pesar do preceptuado polo citado precepto, o dereito recollido nel supón un *mínimum* constitucionalmente garantido, xa que o lexislador pode, a impulso de motivacións de orde de política xurídica ou de política social, amplia-lo ámbito da protección (Fundamento xurídico 6).

Para concluír esta breve referencia ó artigo 41 da nosa Constitución, é de significar que, de acordo co afirmado no Fundamento xurídico 4 da STC 37/1994, do 10 de febreiro, «a garantía institucional do sistema de Seguridade Social, en canto impón o obrigado respecto ós trazos que a fan recoñecible no estado actual da conciencia social leva aparelado o carácter público do mencionado sistema. Agora ben, ese trazo debe apreciarse en relación coa estrutura e co réxime do sistema no seu conxunto, sen distorsiona-la avaliación, centrándoa en aspectos concretos deste desvinculados do conxunto ó que pertencen; sen pecha-la interpretación de certos conceptos de relevancia constitucional, nin tampouco facéndoos encaixar indebidamente nos moldes que nun determinado momento lles proporciona a lei ordinaria, tratando de descartar que poida haber outros posibles. O que verdadeiramente debe ser tutelado por imperativo constitucional é que non se poñan en cuestión os trazos estruturais da institución da Seguridade Social á que pertencen... Desde esta perspectiva, o carácter público do sistema da Seguridade Social non queda cuestionado pola incidencia nel de formas de xestión ou responsabilidade privadas, de importancia relativa no conxunto da acción protectora daquel...»

A protección á vellez dispensada no artigo 50

A protección á vellez que, nun principio se articulou no noso ordenamento mediante un seguro social voluntario regulado na Lei do 27 de febreiro de 1908, experimentou unha complexa e accidentada evolución ata chegar á situación vixente en materia de protección á terceira idade.

O actual artigo 50 da Constitución española contempla dous tipos de accións: a garantía da suficiencia económica dos cidadáns durante a terceira idade e a promoción de servizos sociais de benestar que atendan a problemática específica dos anciáns en materia de saúde, vivenda, cultura e ocio. Estes dous mandatos intégranse na actualidade en tres ámbitos institucionais da política social:

- O nivel básico de prestacións da Seguridade Social.
- O nivel da asistencia social estatal.

■ O sistema complementario de servicios sociais da Seguridade Social e doutras administracións públicas.

Dentro do nivel básico de prestacións da Seguridade Social española, a protección da suficiencia económica da terceira idade artículase baseándose nas pensións e, principalmente, a través da pensión de xubilación, aínda que tamén, como é lóxico, por medio das de morte, e de supervivencia e invalidez permanente, dada a ausencia no sistema español dun mecanismo xeral de conversión de pensións ó redor da de xubilación.

En concreto, o primeiro inciso do precepto ordénalles ós poderes públicos garantir, mediante pensións adecuadas e periodicamente actualizadas, a suficiencia económica dos anciáns, o que respecto deste colectivo supón unha previsión constitucional que vén reforza-lo carácter non contributivo das pensións públicas, pasando a ocupar unha posición decisiva o remedio de situacións de necesidade⁵. O concepto de «pensión adecuada» foi obxecto de interpretación polo Tribunal Constitucional, nas súas sentencias 134/1987, do 21 de xullo, 97/1990, do 24 de maio, e 100/1990, do 30 de maio, cando di que «non pode nin debe considerarse illadamente, atendendo a cada pensión singular, senón que debe ter en conta o sistema de pensións no seu conxunto, sen que poida prescindirse das circunstancias sociais e económicas de cada momento e sen que se poida esquecer que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociais».

Este mesmo criterio é predicable, a xuízo do Tribunal Constitucional, da garantía de actualización periódica, polo que non resulta obrigado o incremento anual de tódalas pensións. Neste sentido, en relación ó artigo 50 e ás pensións asistenciais, a STC 25/1981 establece o que considera como condicións para a garantía da uniformidade das condicións de vida ou a traducción das condicións básicas da igualdade dos españois para o exercicio dos dereitos contidos na norma legal, da garantía prestacional dun mínimo vital. Estas son dúas; por un lado, a igualdade nas condicións de acceso á prestación, exemplificada na sentenza na unificación dos requisitos de idade, que resultaba ser un dos contidos

⁵ A STC 65/1987, do 21 de maio, fundamento de dereito 17, destaca como finalidade das pensións a eliminación de situacións de necesidade. Á súa vez, a STC 103/1983, do 22 de novembro, dinos que «A referencia a unha situación de necesidade ou a un estado de necesidade obedece á vontade de supera-la primitiva perspectiva legal, onde era prioritaria a noción de risco ou continxencia, que se produciu na Lei de bases de Seguridade Social de 1963, mesmo cando aínda subsista parcialmente unha atención diferenciada do estado de necesidade, segundo o risco do que deriva: accidente de traballo ou non. Acolle-lo estado ou situación de necesidade como obxectivo e fundamento da protección implica unha tendencia a garantirlles ós cidadáns un mínimo de rendas, establecendo unha liña por debaixo da cal comeza a actua-la protección».

dos preceptos impugnados e, por outro, a súa contía, que se deriva da propia afirmación do tribunal da necesidade de «asegurar con carácter xeral unha pensión asistencial mínima e idéntica para todos».

Pola súa parte, a Sentencia 61/1997 define, cunha forma xeral, o alcance desta expresión, nun intento de precisa-lo seu significado. Nunha primeira aproximación, «condicións básicas» serían aquelas que “fan referencia ó contido primario (STC 154/1988) do dereito ás posicións xurídicas fundamentais (facultades elementais, límites esenciais, deberes fundamentais, prestacións básicas, certas premisas ou presupostos previos...). As especificacións anteriores son consideradas como as imprescindibles para garantir esa igualdade. Xunto a esta definición, reitérase o criterio de que a igualdade non pode consistir nunha igualdade formal absoluta que excluíría as condicións materiais non reconducibles a esta concepción de «condicións básicas» (Fundamento xurídico 8).

En suma, tendo en conta que, xunto co inciso primeiro do artigo 50, a segunda parte deste precepto encoméndalles ós poderes públicos a creación dun «sistema de servizos sociais» de carácter técnico, que ofrezca resposta ós problemas e necesidades específicas dos anciáns, non xa de orde meramente económica, senón físicas e socio-culturais, o artigo deseña un conxunto de prestacións económicas e técnicas personalizadas que lles garantan ós cidadáns unha vida digna.

Este carácter de principio rector da política social e económica que é o artigo 50, queda reflectido na xurisprudencia vertida polo Tribunal Constitucional na que, xunto a numerosos autos de inadmisión de recurso de amparo por non encontrarse o mencionado artigo entre os susceptibles de protección por esta vía, destaca, en primeiro termo, a Sentencia do 2 de xullo de 1981 na que, a propósito do tema da xubilación e a súa hipotética consideración como medida de protección á terceira idade, recorda que a actual política de protección á terceira idade conforme queda exposta na recomendación número 162 da Conferencia internacional do traballo propugna a voluntariedade e a progresividade da xubilación. A Sentencia 19/1982, do 5 de maio, susténtase no principio recollido no artigo 50 e no seu carácter informador da práctica xudicial, para impoñe-la interpretación do principio de igualdade máis favorable á consecución do obxectivo de garanti-la suficiencia económica dos cidadáns durante a terceira idade. Noutro sentido, a Sentencia 103/1984, do 12 de novembro, fai referencia ó artigo comentado ó rexeita-la posibilidade de derivar del ningunha interpretación que permita decidi-la compatibilidade ou incompatibilidade de pensións declaradas por lei, pois constitúe unha cuestión de mera legalidade. Idéntica argumentación para supostos substancialmente iguais pode verse na Sentencia 121/1984, do 12 de decembro.

3. A normativa autonómica en materia de asistencia social

A Comunidade Autónoma de Galicia ten competencia exclusiva en materia de asistencia social⁶, de conformidade co establecido no artigo 27.23º do Estatuto de Autonomía, en relación co artigo 148.1º.20 da Constitución española.

No artigo 4 do Estatuto de Autonomía establécese que lles corresponde ós poderes públicos de Galicia facilita-la participación de tódolos galegos na vida política, económica, cultural e social.

A Comunidade Autónoma de Galicia conta desde 1987 cunha lei de servicios sociais, a Lei 3/1987, do 27 de maio, que foi derogada pola actual Lei 4/1993, do 14 de abril. Este último texto legal trata de regular exhaustivamente os aspectos básicos dos servicios sociais de Galicia. No artigo 3.8º recolle como un dos principios inspiradores do sistema de servicios sociais a participación, e sinala que os poderes públicos promoverán a incorporación dos cidadáns á programación e prestación dos servicios sociais. O interese na participación social dos maiores non só se apoia nos principios xerais expresados, senón tamén no contido concreto dos servicios sociais de atención especializada para os maiores que estarán orientados á consecución do seu maior nivel de benestar posible, así como a conseguí-la súa autonomía e acada-la súa integración social, para o que é necesario a súa colaboración a través dos máis variados instrumentos.

Por outro lado, cada día é máis importante a presenza dos maiores na sociedade galega, o que require crear novas vías de participación deste colectivo en tódolos ámbitos da vida social e, especialmente, no campo dos servicios sociais dirixidos a eles.

Sendo así a colaboración dos maiores na programación e prestación dos servicios sociais un principio que debe orienta-la actuación dos poderes públicos, creouse o Consello Galego das Persoas Maiores, que veu configurarse como un instrumento de participación para dar resposta ás aspiracións dos maiores da nosa comunidade autónoma.

O Consello Galego das Persoas Maiores constituíuse como un órgano consultivo de participación e colaboración deste colectivo que estará formado por representantes das administracións, asociacións de persoas maiores, federacións de centros de atención ás persoas maiores e dos sindicatos que contén con áreas sectoriais específicas para este colectivo. O Consello ten como finalidades, entre outras, constituír un foro de encontro e debate no que se reflectan as inquietudes da poboación maior de Gali-

⁶ O Tribunal Constitucional xa apuntou esta identidade propia da «asistencia social» como título competencial, cando afirmou que «abarca unha técnica de protección fóra do sistema da Seguridade Social con caracteres propios que a separan doutras afíns a elas» (STC 146/1986, do 25 de novembro, F.X. 21, e 171/1989, do 23 de xullo, F.X. 31).

cia, promove-las relacións interxeracionais, así como colaborar cos poderes públicos en materias dos servizos sociais relacionados cos maiores.

Galicia debería de ter unha lei específica para a terceira idade, que buscarse a maior permanencia do ancián no seu domicilio habitual e procurase aumentalos seus mecanismos de apoio, todo isto cunha dotación económica e cuns medios suficientes. Contamos, desde hai pouco máis dun ano, cunha dirección xeral especificamente dirixida ó maior.

En efecto, actualmente, desde o punto de vista organizativo, os temas relacionados coas persoas maiores dependen fundamentalmente da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais na que, segundo o Decreto 23/2003, do 20 de xaneiro, correspóndelle á Dirección Xeral do Maior e de Persoas con Discapacidade:

■ *Elabora-las propostas para a formulación da política da consellería en materia de atención ós maiores e ás persoas discapacitadas. Así, realizará funcións de ordenación, coordinación, planificación e execución dos plans, equipamentos e servizos de atención especializada nas áreas de maiores e discapacidades e o asesoramento, asistencia técnica e a coordinación coas entidades prestadoras de servizos sociais nos citados ámbitos, así como a coordinación do funcionamento do Consello Galego das Persoas Maiores e do Consello Galego de Persoas con Discapacidade.*

■ *Formula-las propostas no seu ámbito competencial para a elaboración do Plan galego de equipamentos e servizos sociais, a creación e xestión dos equipamentos, programas e servizos que asuma a Administración autonómica, a implantación e seguimento dos plans de calidade que os afecten, a xestión de concertos, prestacións e axudas establecidas, a supervisión das actuacións das entidades destinadas á atención e promoción de maiores e persoas discapacitadas, a elaboración de propostas de normativa que lles afecten a estes sectores que considerarán, se é o caso, a participación dos usuarios no financiamento dos servizos, de conformidade cos principios de solidariedade e redistribución, así como calquera outra función relativa a materias da súa competencia ou que lle sexa atribuída pola normativa vixente no ámbito dos servizos sociais.*

■ *Elabora-lo estudio do anteproxecto do orzamento correspondente ó seu centro directivo, así como a súa xestión, seguimento e avaliación e a elaboración de estatísticas nas materias da súa competencia.*

En canto a outras comunidades autónomas, a Lei 4/1995, do 21 de marzo, de creación da Axencia Madrileña para a Tutela de Adultos, instaura un sistema legal de protección do maior desamparado. Esta axencia ten, entre algúns dos seus obxectivos, o exercicio inexcusable da tutela e curadoría, a defensa das persoas maiores en situación de desamparo, ademais da atención persoal do incapacitado e a administración dos bens do tutelado.

Para desenvolver estas funcións, a axencia pode exercelas directamente ou mediante convenios con outras persoas físicas ou xurídicas. E, por último, entre outros aspectos, destacarémo-la especial mención que na lei se lle fai ó «gardador de feito» dunha persoa maior.

En Asturias, pode destacarse a creación da figura do «Letrado defensor do ancián», mentres que en Castela-A Mancha funciona a chamada «Comisión de Tutela», e en Aragón o Consello da Terceira Idade.

4. A normativa civil de tutela de persoas maiores

Coa Constitución instáuranse dereitos e principios básicos para o noso ordenamento. Recoñécese a liberdade, a igualdade, de aí que fora urxente e imprescindible a reforma dalgúns preceptos que aparecen no Código civil para que sexan conformes ós preceptos constitucionais.

Non obstante, ó falar de materias de dereito civil é necesario diferenciar, en xeral, dous sistemas: as normas de dereito común que se recollen no Código civil, e as normas de dereito foral que se encontran e aplican nalgunas zonas do noso territorio, como é en Galicia que, como dixemos, ten competencia exclusiva en materia de dereito civil propio de acordo co artigo 149.1.8 da Constitución española e o 27.4 do Estatuto de Autonomía, o que xustifica a regulación propia, por exemplo, da autotutela.

En canto ó Código civil (dereito común) aplicable en todo o territorio, menos onde existan normas forais sobre o tema que se trate, temos que mencionar algunhas reformas importantes. Entre elas a Lei do 24 de outubro de 1983 que modifica a institución da tutela, establece normas específicas da curadoría, regula a garda de feito e cambia o réxime xurídico aplicable para a incapacitación dunha persoa e, no caso que proceda, o seu posible internamento.

Con frecuencia a persoa maior sofre algunha diminución na súa capacidade cognoscitiva, nas súas facultades para exercer dereitos e cumprir obrigas. Estas son as situacións que nos preocupan, porque se non hai diminución de capacidade, non podemos establecerlo criterio da idade, como circunstancia que diferencie o ancián dos demais. Cando non teña problemas de entendemento e vontade, presúmese que é unha persoa maior plenamente capaz de prestar un consentimento válido.

Sen embargo, dentro das normas do Código civil hai unha alínea esencial, que é a normativa aplicable sobre a obriga de alimentos que un maior pode reclamar dos seus descendentes.

Non só o menor pode esixir este dereito, xa que pola mesma razón outros parentes poden tamén reclamar este dereito de alimentos. Na meirande parte dos casos o maior ou ancián non exerce o seu dereito porque ignora o amparo das normas. Por descoñecemento acode a ou-

tras figuras como á renda vitalicia (transmisión dun inmovible a cambio dunha pensión vitalicia ou pagamento dunha residencia) ou o contrato vitalicio (transmisión dun inmovible por prestación de asistencia e alimentos). Con estas solucións legais o ancián cobre as súas necesidades aínda que asume graves riscos, ó non establecer garantías sobre os seus intereses. En numerosos casos o ancián deixa de recibirla pensión ou os alimentos pactados e non pode reclamá-lo ben transmitido, o cal en Galicia se subsanou mediante a regulación do vitalicio na nosa Lei de dereito civil, que cómpre ampliar.

Enténdese por alimentos todo o que é indispensable para o sustento, habitación, vestido e asistencia médica (art. 142 do Código civil), mínimo legal para que unha persoa viva dignamente. Conforme ó contido do art. 143 do Código civil, están obrigados entre si os cónxuxes, os ascendentes e os descendentes. En canto ós irmáns, unicamente terán dereito a reclamar, como indica expresamente o lexislador, «os auxilios necesarios para a vida», sempre que os necesiten por causa non imputable ó alimentista.

Situación diferente darase cando sexan varios os obrigados a cumprirla obriga de alimentos. Establécese unha orde para reclamálos, e se se trata dunha persoa maior ou anciá, en primeiro lugar deberá esixirlos ó cónxuxe; se este non pode, segundo o art. 144 do Código civil, serán «os descendentes do grao máis próximo» os que deban cumprirla obriga legal.

Seguindo a orde marcada polo lexislador, se a obriga de alimentos recae sobre dúas ou máis persoas, repartirase entre elas o pagamento da pensión en cantidade proporcional ó capital respectivo. Non obstante, no suposto de urxente necesidade, e sempre que se dean circunstancias especiais, o xuíz poderá esixirle só a un que preste a obriga. Iso si, co dereito a reclamarlles posteriormente ós demais a parte que lles corresponda.

A cantidade que hai que aboar debe ser proporcional ó capital ou medios de quen os dá e ás necesidades de quen os recibe (art. 146 do Código civil). Así, ó producirse un aumento ou diminución das necesidades do alimentista e da fortuna do que tivese que satisfacelos, os alimentos reduciranse ou aumentarán, sempre proporcionalmente.

A esixencia pode presentarse cando a persoa con dereito a percibilos os necesita para subsistir, pero unicamente se aboarán desde a data en que a demanda foi interposta. Recoñecida a débeda de alimentos, o pagamento verificarase por meses anticipados, por iso, se o alimentista falece, os seus herdeiros non estarán obrigados a devolve-lo recibido anticipadamente (art. 148 do Código civil).

Para que este pagamento sexa realmente eficaz, o xuíz poderá adoptar, a petición do ancián ou do Ministerio Fiscal, as medidas preventivas que sexan oportunas para asegura-los anticipos que aboe unha entidade pública ou outra persoa e prove-las futuras necesidades.

Outra alínea importante é cómo pode satisfacer, neste caso, o descendente, a obriga de alimentos. O lexislador ofrece a posibilidade dunha opción para que o obrigado a prestar alimentos elixa entre satisfacelos ou pagar unha pensión que se fixe, ou mesmo, recibir e mante-lo alimentista na propia casa do suxeito obrigado. Se se opta por esta última elección, e interpretando a norma do art. 149 do Código, esta solución pode ser rexeitada polo maior se concorre unha xusta causa ou prexudica o seu interese.

Por último, indicamos cando se extingue a obriga de alimentos que un descendente (fillo ou neto) ten respecto do seu ascendente (pai ou avó), sen esquecer que se trata dun deber recíproco. Cesa, en primeiro lugar, pola morte do suxeito que estaba obrigado a satisfacer os alimentos (art. 150 do Código civil).

Así mesmo, no art. 152 establécense os seguintes supostos: por morte do alimentista (persoa maior ou ancián); cando a fortuna do obrigado se reducise ata o punto de non poder satisfacelos sen desatende-las súas propias necesidades e as da súa familia; cando o alimentista pode exercer un oficio, profesión ou industria, ou adquirira un destino ou mellorara de fortuna, de sorte que non lle sexa necesaria a pensión alimenticia para a súa subsistencia; e entre outras causas, se o alimentista, sexa ou non herdeiro forzoso, cometese algunha falta das que dan lugar ó desherdamento (por exemplo, cando o obrigado era menor e o pai o abandonou, é razoable que nun momento posterior non poida reclamar alimentos dos seus descendentes).

Protéxese a subsistencia dunha persoa, recollido constitucionalmente no art. 10, ó considerar como eixe principal dos demais dereitos fundamentais a «dignidade da persoa», aínda que o alcance deste precepto é máis amplo. O dereito de alimentos supón un mínimo que o lexislador reconece para vivir dignamente. Obriga mutua entre persoas con relación de parentesco, e dada a realidade que estudiamos, nestas normas reconécese expresamente o dereito dos ascendentes a reclamar dos descendentes a obriga de alimentos.

Como dereito básico que é, non se admite a renuncia nin a transmisión a un terceiro. Agora ben, si se poderá compensar e renunciar ás pensións atrasadas, e incluso ceder a título oneroso ou gratuíto o dereito a demandalas (art. 151 do Código civil).

Asemade, a Lei 41/2003, do 18 de novembro sobre protección das persoas con discapacidade e de modificación do Código civil, da Lei de axuízamento civil e da Normativa tributaria con esta finalidade, no seu artigo 12 crea un novo capítulo II, dentro do título do libro IV do Código civil, baixo a rúbrica «Del contrato de alimentos», que engloba os artigos 1791 a 1797; introdúcese unha regulación sucinta pero suficiente dos alimentos convencionais, é dicir, da obriga alimenticia xurdida do pacto e

non da lei, a diferenza dos alimentos regulados polos artigos 142 e seguintes do dito corpo legal.

A regulación deste contrato, frecuentemente realizado na práctica e examinado en ocasións pola xurisprudencia do Tribunal Supremo, amplía as posibilidades que actualmente ofrece o contrato de renda vitalicia para atender as necesidades económicas das persoas con discapacidade e, en xeral, das persoas con dependencia, como os anciáns. Ó mesmo tempo, permítelles ás partes que realicen o contrato cuantificala obriga do alimentante en función das necesidades vitais do alimentista.

Entendo que este contrato pode ser moi útil no caso de que sexan os pais dunha persoa con discapacidade os que lle transmitan ó alimentante o capital en bens, mobles ou inmobles, en beneficio do seu fillo con discapacidade, a través dunha estipulación a favor de terceiro do artigo 1257 do Código civil.

Mención á parte merece o caso dos anciáns senís; neste suposto son as enfermidades de carácter dexenerativo asociadas á ancianidade, como o Alzheimer, que comeza por manifestarse cun simple fallo na memoria para rematar coa desestructuración das funcións psíquicas superiores, a demencia senil ou a demencia arterioesclerótica, entre outras, as que poden terminar desembocando nun proceso de incapacitación do ancián e no nomeamento dun mecanismo de protección que xestione os seus intereses. Encontrámonos, fundamentalmente, no campo das chamadas «demencias», que posúen un comezo gradual e un deterioro cognitivo progresivo.

Hai que destacar en Galicia a regulación do testamento vital, sinalándose que a declaración de vontades anticipadas é o documento no cal unha persoa maior de idade, con capacidade suficiente e libremente, «expón as instrucións que se deben ter en conta cando se encontre nunha situación na que as circunstancias que concorran non lle permitan expresar persoalmente a súa vontade», e sublíñase que non se poderán ter en conta as vontades anticipadas que incorporen previsións «contrarias ó ordenamento xurídico ou á boa práctica clínica».

Nos casos que afectan ós senís, o proceso de demenciación é lento, e pode así o afectado organiza-lo seu patrimonio e a súa vida para cando careza da capacidade de autogoberno. Facilita moito o labor dos tribunais a nova Lei 41/2003, do 18 de novembro, sobre protección patrimonial das persoas con discapacidade e de modificación do Código civil, da Lei de axuízamento civil e da Normativa tributaria con esta finalidade xa que se admite, por primeira vez no noso ordenamento xurídico, a chamada «autotutela»⁷, é dicir, establece-la posibilidade, de que a persoa preveña a súa posible incapacitación, e cando aínda conserve a súa lucidez, poida

⁷ No dereito comparado esta figura xurídica xa estaba admitida no dereito suízo e alemán, onde se lle permite á persoa outorgar un poder para o caso de que enferme, o que evita o nomeamento dun asistente e, incluso, o procedemento de incapacitación.

nomear mediante escritura pública un ou máis titores para si mesma. Ningún máis lexitimado para regula-lo seu mecanismo protector para o futuro que unha persoa que aínda conserva a súa total capacidade. Tamén, e con anterioridade ó dereito común, a figura da autotutela estaba admitida no dereito catalán. Así o artigo 172 do Código de familia dispón que calquera persoa, en previsión de ser declarada incapaz, pode nomear, en escritura pública, as persoas que quere que exerzan algún ou algúns dos cargos tutelares establecidos neste código, así como designar substitutos destes ou excluír a determinadas persoas, nomeamentos que poden realizarse tanto de forma conxunta como sucesiva. Tamén pode establece-lo funcionamento, a remuneración e o contido, en xeral, da súa tutela, especialmente no que se refire ó coidado da súa persoa.

En Cataluña, pois, a Lei 39/1991, do 30 de decembro sobre a tutela e institucións tutelares foi modificada parcialmente pola Lei 11/1996 do 29 de xullo, onde se regula a figura da autotutela. Suposto no que se admite legalmente que unha persoa, cando goza de plenas facultades de entender e querer, poida establecer nunha escritura pública quen será o seu titor ou curador, se nun momento posterior sofre algunha mingua ou falta de capacidade de obrar. Figura xurídica que aparece recollida no Código de familia de Cataluña que se aproba en xullo de 1998.

No sistema do dereito común non era aplicable esta figura, aínda que algúns autores estudiaaron a posibilidade de incorpora-la autotutela na reforma do Código civil do 1983, intentos que non prosperaron. Houbo que esperar ó remate do Ano europeo das persoas con discapacidade, para que o Parlamento español publicara unha lei que protexerá a estas persoas preocupándose polo seu patrimonio. Acábase de publicar no Boletín Oficial do Estado a Lei 41/2003, do 18 de novembro de protección patrimonial das persoas con discapacidade e de modificación do Código civil, da Lei de axuízamento Civil e da Normativa tributaria con esta finalidade.

A protección integral dos discapacitados, tanto na esfera persoal como na patrimonial, foi unha das principais preocupacións do lexislador nos últimos meses. A través de leis como a do 2 de decembro ou 18 de novembro, ámbalas dúas de 2003, tratou de crear un ámbito normativo de protección e tutela no que se garanta a igualdade de oportunidades das persoas con discapacidade e no que se poñan a disposición dos particulares os instrumentos necesarios para facilita-la súa integración.

A Lei do 18 de novembro de 2003 incorporou importantes novidades e modificacións no ámbito do dereito civil, coa finalidade de dota-lo discapacitado dunha protección patrimonial íntegra. Para iso, o lexislador preveu a creación dalgunhas xa existentes, que permiten unha dobre esfera de actuación.

Unha, que podemos denominar autoprotección, e outra, a protección a través do dereito sucesorio que reforma. A autoprotección desen-

vólvese nunha fase anterior á discapacitación, mediante actuacións precursoras como a autotutela ou o contrato de alimentos ou ben, cando xa existe unha situación de discapacidade, mediante a constitución dun patrimonio protexido ó abeiro da lei.

A regulación detallada e íntegra do patrimonio protexido mantense como lei especial fronte ó Código civil.

Esta lei, moi esperada polos sectores asociativos vinculados ás persoas con discapacidade, vén cubri-las expectativas de tódalas persoas que teñen ó seu cargo algunha persoa discapacitada e temen cál será o seu futuro cando elas falten.

Asemade, a lei ten por obxecto regular novos mecanismos de protección das persoas con discapacidade, centrados nun aspecto esencial desta protección: o patrimonial, xa que un dos elementos que máis repercuten no benestar das persoas con discapacidade é a existencia de medios económicos á súa disposición, suficientes para atende-las súas específicas necesidades vitais.

Regúlase unha nova figura, a do «patrimonio especialmente protexido das persoas con discapacidade» que, unha vez constituído, queda inmediata e directamente vinculado á satisfacción das necesidades vitais da persoa que padece esta circunstancia. Desta forma, aténdese á preocupación de moitas familias que queren previ-la situación na que quedará o seu familiar discapacitado cando os proxenitores ou titores xa non estean ou xa non poidan facerse cargo del, sen prexuízo de que o Estado despregue a necesaria función asistencial cando proceda.

Esta lei súmase a tódalas iniciativas que se foron establecendo no ordenamento xurídico para atende-la situación especial das persoas con discapacidade, de cara a posibilita-la igualdade efectiva no goce dos dereitos que corresponden a tódolos cidadáns.

Aínda quedaría por referirnos en Galicia á regulación do vitalicio, mediante o cal unha ou varias persoas se obrigan, respecto doutra u outras, a prestar alimentos, coidados, atención e axuda a cambio da cesión ou entrega de bens polo alimentista, o que constitúe unha boa medida para solucionar, en gran parte, a proliferación de situacións de desamparo e soidade derivadas do progresivo avellentamento da poboación.

En calquera caso, quero insistir no importante papel do Ministerio Fiscal na súa actuación, posto que os estudos victimolóxicos estableceron de forma contundente o notable factor victimóxeno da idade e, en particular, a maior vulnerabilidade dos anciáns como brancos idóneos da victimización violenta debido á súa inferioridade biolóxica, equiparándose nisto ós nenos⁸. Os malos tratos, ademais, non poden entenderse como

⁸ FABREGA RUIZ, Cristóbal, Op. cit., páx. 113.

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.

O campo delictivo contra os anciáns ten unha das súas principais manifestacións na chamada violencia doméstica, que non só é a violencia intrafamiliar contra as mulleres. Isto non é 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. Cremos que nela debe comprenderse o maltrato ou descoido dos anciáns, en tanto conductas agresivas que exercen sobre os membros máis débiles dun grupo familiar outros membros dese mesmo grupo ou estraños a el.

A falta de medios xurídicos non pode ser xa escusa para unha actitude pasiva ante os ataques máis graves contra os anciáns. 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, pois só deste xeito se conseguirán eliminar definitivamente as distintas causas que contribúen ó nacemento da violencia doméstica.

Toda a sociedade e tódolos organismos públicos deben implicarse nesta loita contra a explotación dos maiores. A actual transcendencia pública de situacións inaceptables debe facernos reflexionar e aborda-las medidas sociais e xurídicas necesarias para erradica-lo problema. Sería triste que ocorrese aquí como no campo da violencia doméstica contra a muller, que precisou chama-la atención pública con varias mortes (caso Ana Orantes) para que, de forma acelerada e pouco reflexiva, se aborden reformas lexislativas que poidan solucióna-lo problema.

Dentro destas reformas non cremos só que o aumento das penas sexa unha opción válida. As mulleres maltratadas requiren dunha ampla gama de solucións á súa disposición nun estado social; isto inclúe a existencia de medios que lles axuden a sobrevivir ou reintegrarse socialmente cando se atopen no proceso de rompe-la súa relación co agresor (medidas como o afastamento ou o desterro durante a tramitación do proceso, casas de acollida), o establecemento de salarios sociais, os ser-

vicios de asesoría legal e psicolóxica, a formación laboral, o acceso prioritario a vivendas de financiamento público e a existencia de programas de tratamento psicolóxico ós agresores e ós agredidos –que tan bo resultado está dando nos lugares nos que se están realizando e que poden poñerse como medida complementaria no caso da suspensión condicional da pena de acordo co artigo 83 do CP–, solucionará mellor os problemas que un simple aumento da reacción penolóxica. Estas respostas sociais estanse desenvolvendo no campo da violencia contra a muller, mentres que no campo da senilidade son simplemente inexistentes. Iso non obsta a que nos poidamos referir a elas como punto de referencia.

5. Consideracións conclusivas

Finalmente, como consideracións conclusivas, podemos sinalar que os problemas da ancianidade teñen múltiples causas e deben afrontarse dunha forma integral.


O número de persoas anciás vai en aumento, sobre todo en Galicia, polo que as necesidades de axuda e coidados deberán terse en conta polos poderes públicos, a través dos mecanismos máis idóneos para as persoas maiores e para as súas familias.

O dereito ten un papel crucial na protección das persoas maiores. A Constitución Española atribúelles ás comunidades autónomas competencias relacionadas coa prestación de servizos sociais.

A nosa comunidade debería ter unha lei específica para a terceira idade, co fin de aumentar os medios de apoio ás persoas maiores, estimulando a permanencia do ancián no seu contorno habitual cunha boa calidade de vida.

As fundacións de carácter tutelar, como a FUNGA en Galicia, deben de xogar un papel significativo para atender as persoas que non teñan familiares ou no caso de que estes non poidan ou non queiran facerse cargo do ancián.

Considero conveniente que se inclúa, na próxima reforma da Lei de dereito civil de Galicia, a autotutela como medio adecuado para conducir a vontade do interesado para unha futura declaración de incapacidade.

A regulación do vitalicio en Galicia constitúe unha boa medida para solucionar, en gran parte, a proliferación de situacións de desamparo e soidade derivadas do progresivo avellentamento da poboación. 

Bibliografía

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «La ordenación jurídica de la atención y protección de los ancianos por las Administraciones Públicas», *Los derechos no caducan con la edad: el año internacional de las personas mayores* (XVIII Cursos de Verano en San Sebastián, XI Cursos Europeos - UPV/EHU 1999), colección *Jornadas sobre derechos humanos*, Editorial Ararteko, 1999.
- FABREGA RUIZ, Cristóbal: *Protección jurídica de la tercera edad*, Ed. Colex, 2000.
- GARRIDO FALLA, Fernando: «Artículo 41» e «Artículo 43», en GARRIDO FALLA, dir., *Comentarios a la Constitución*, 20 ed., Madrid, Cívitas, 1985.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: *Seguridad Social y Constitución*. Pról. de Manuel Alonso Olea, Madrid, Cívitas, 1995.
- MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J.: «El papel de las personas mayores en la nueva sociedad», relatorio presentado nas *Xornadas sobre a tutela das persoas maiores*, organizadas pola EGAP na Coruña os días 8 e 9 de maio de 2003.
- VIDA SORIA, José: «Artículo 41. Seguridad social», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, dir., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, páxs. 103-131, Madrid, Cortes Generales/EDERSA, 1996.

ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS REMEDIOS: INEXISTENCIA, NULIDAD Y ANULABILIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS DE LA ACADEMIA DE PAVÍA¹

José Luis de los Mozos y de los Mozos

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Introducción

Las categorías de inexistencia, nulidad y anulabilidad del contrato ofrecen curiosas particularidades en el *anteproyecto de Código europeo de contratos (Libro I)* de la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía², que merecen ser destacadas y sobre lo que se va centrar mi aportación.

Por eso, antes de entrar propiamente en el tema, hay que advertir que, por las propias exigencias derivadas de la utilización del método comparado, acogido para el desarrollo del *anteproyecto*, en él al haber aceptado a efectos operativos para redactar un código europeo *único*, tener como modelos, tanto el *Codice civile* italiano, como el *Contract Code* de H. McGregor³, los fundamentos de las categorías en cuestión, anteriormente citadas, difieren mucho de los criterios a los que, en el ámbito del *Civil Law*, estamos habituados, particularidad que hay que tener muy en

¹ Trabajo enviado al *Libro-Homenaje al profesor Albaladejo*.

² *Code européen des contrats, Livre premier* (Coordinateur Giuseppe GANDOLFI), Milano (A. Giuffrè), 2001.

³ *Contract Code (Drawn up on Behalf of the English Law Commission)*, Milano (A. GIUFFRÈ), 1993; trad. esp. de J. M. DE LA CUESTA y C. VATTIER, Barcelona (J. M. BOSCH), 1997.

cuenta a la hora de valorar y de entender este *anteproyecto de Código europeo de contratos*. Si cualquier regulación nueva, dentro de un mismo sistema jurídico, encuentra, en muchos casos, dificultades de recepción, el tener que dar, en una situación como esta, casi un salto en el vacío, hace más difícil todavía la tarea de su comprensión, sobre todo, si el discernimiento no va acompañado de una buena dosis de moderación, como dirían los retóricos.

Efectivamente, no sólo difieren los *contenidos*, como consecuencia de la tensión que la comparación impone, lo que traduce fielmente su *sistemática externa*, que se separa mucho de la tradicional, sino que, a veces, como sucede en este caso, las diferencias se manifestarán, también, en su *sistemática interna*, como veremos, y, también, en el estilo y en la forma literaria, predominantemente casuística, en que aparecen los preceptos. Nos lo advierte, en parte, en su *rapport*, el profesor Giuseppe Gandolfi, que es el redactor del texto acogido por la Academia, al hablar de las «razones que justifican el contenido de las diferentes reglas»⁴, cuando alude, en este punto, a la necesidad de optar, desde un principio, o por el sistema que sigue el *Contract Code* que distingue los contratos en función de su *enforceability*, es decir, por la posibilidad que tienen de alcanzar eficacia, cualquiera que sea el origen de las anomalías que padezcan, o bien, por el sistema tradicional en que se fundamentan nuestros Códigos civiles, que diferencian estas categorías bajo el aspecto de su validez.

Pues bien, por razón del método para la redacción del *anteproyecto*, no quedaba otro remedio que seguir el primero de los criterios indicados, lo que constituye una de las originalidades más sobresalientes de este importante trabajo, en clave codificadora y como intento plausible de llevar a cabo una verdadera *integración* europea del Derecho de contratos, que comporta, por otra parte, como consecuencia, una serie de repercusiones en la propia *sistemática interna*, como ya hemos anticipado, que son consecuencia en último término de la efectiva integración operada. Es evidente, por lo demás, que el grado de integración alcanzado (mediante reglas sucintas) no podría ser efectuado por otros procedimientos, acudiendo, p.ej., a los principios; cuando lo que está en juego, como se deduce de lo que estamos diciendo, no son los principios, sino el *sistema*, a los que los principios tienen necesariamente que referirse, pues, los principios, como los árboles, necesitan de la tierra para ahondar en ella sus raíces, aparte de otras muchas consideraciones, de diverso orden, que ahora no son del caso.

Finalmente diré, para terminar esta introducción, que la reconstrucción del *sistema* del Derecho de contratos que plantea el *anteproyecto*, en

⁴ *Code européen*, cit., págs. 544 y ss.

este punto, representa también un paso adelante en lo que se ha llamado el *progreso jurídico*, pues, se fundamenta, no sólo en un esfuerzo por la integración, sino que aparece también animado por una rigurosa revisión dogmática de las categorías puestas en juego, procurando su perfeccionamiento técnico, en función de una mayor adecuación de las normas a la realidad práctica y acogiendo por lo demás soluciones que han sido ampliamente patrocinadas por la doctrina y la jurisprudencia. A lo que hay que añadir que en el estilo propio de la *sistemática externa* del anteproyecto, a cada una de las anomalías concretas contempladas, les siguen, en su caso, las oportunas regulaciones de los remedios, lo mismo que sigue la sombra al cuerpo, aunque también se contemplen otros, más generales o comunes a diversas situaciones, todo lo cual, presta igualmente originalidad al sistema adoptado.

1. Inexistencia como categoría autónoma

Respecto de los Códigos civiles, tener en cuenta la *inexistencia*, como categoría autónoma, distinta de la *nulidad*, es una de las novedades que contiene el *anteproyecto*, lo que, para mí, que me he ocupado del tema en un trabajo publicado hace casi medio siglo, resulta muy gratificante⁵, aparte de que constituya un indudable progreso técnico, en el sentido que acabamos de indicar y, sobre todo, tal y como está contenida en los arts. 137 y 138 del anteproyecto.

La idea de la inexistencia aparece ya entre los primeros comentaristas del *Code civil*, aunque tenga antecedentes anteriores, remontándose a sus trabajos preparatorios, a su discusión en el *Conseil d'Etat*⁶ y, sobre todo, a que del antiguo Derecho procede la distinción entre nulidades textuales y nulidades virtuales⁷ que elabora la Escuela de la Exégesis⁸, entre las

⁵ J. L. DE LOS MOZOS, «La inexistencia del negocio jurídico», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960, ahora en *El negocio jurídico (Estudios de Derecho civil)*, Madrid (Montecorvo), 1987, págs. 91 y ss.

⁶ El Primer Cónsul, Bonaparte, formula una enmienda que es aceptada al Proyecto de ley del 27 ventoso del año XI, sobre el matrimonio, después título 5º del Libro I del *Code civil*, y presentada por M. Real al Consejo en nombre de la sección de legislación del mismo, propone en su art. 4º, después art. 146 del *Code civil*, esta redacción: «le mariage n'est pas valable, si des époux n' y ont pas donné un consentement libre» (LOCRÉ, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, Paris, 1827-1832, IV, págs. 312-327 y 371 y ss.; FÉNET, *Récueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827-1832, IV, pág. 99, texto y nota).

⁷ ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. fr., Paris, 1859, págs. 15 y 171.

⁸ Por influencia del anterior, según dicen M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 5ª ed., Paris, 1950, núms. 980 y ss. Vid. como culminación de la *exégesis*: AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5ª ed., Paris, 1897, I, párrafo 37; IV, párrafo 306.

que se incluye a la inexistencia. Sin embargo, aunque la idea de inexistencia vaya a estar, por ello, bien pronto presente en la doctrina y en la jurisprudencia francesas, el concepto de inexistencia, habida cuenta la deficiente regulación de la nulidad del contrato en el *Code civil*, no acabará nunca de salir de la esfera de la nulidad.

Lo mismo pasa en el Código civil español, a pesar de que su art.1261, parece que habla de inexistencia cuando *a sensu contrario* enuncia los supuestos, y no todos (pues falta la forma), de la nulidad que podemos llamar estructural del contrato, por diferenciarla de la nulidad que tiene lugar por contravención de las leyes, de la moral y del orden público (art. 1255). Con lo que, la inexistencia se considera, abundantemente, por doctrina y jurisprudencia, como un supuesto de nulidad, cuando esta se refiere a la falta de uno de los requisitos esenciales del contrato, y así se habla de *nulidad por inexistencia*⁹. Eso, sin tener en cuenta otra etapa anterior, «en esa trabajosa formación y deformación» del concepto de inexistencia, por doctrina y jurisprudencia, cuando esta aparece como equivalente de la *nulidad radical o absoluta*, para distinguirla de la nulidad relativa o anulabilidad, todo ello dependiente también de la deficiente regulación de la materia por el Código civil que ha tardado bastante tiempo en advertirse¹⁰.

Sin embargo, la idea de inexistencia va más allá de la nulidad y si la idea va más allá, entrañando la falta absoluta de voluntad contractual, o la falta absoluta de objeto, el precepto, de acuerdo con las necesidades de la realidad práctica, debe de ir también más allá de la nulidad, sobre todo, cuando el concepto de inexistencia viene reconocido como un concepto autónomo, distinto de la nulidad, por un importante sector de la mejor doctrina italiana, al que se suman otros, a pesar de que el *Codice civile* que regula rigurosamente la nulidad (arts. 1418 a 1424), guarde silencio sobre la inexistencia¹¹, lo mismo que tampoco relaciona la nulidad con otros supuestos de ineficacia, a lo que volveremos más adelante. Por ello, teniendo en cuenta que la inexistencia no deja de estar presente en la práctica, ha parecido razonable, como expresa el *rapport Gandolfi*¹², incluirla

⁹ Vid.: M. ALBALADEJO, *Derecho civil, I. Introducción y Parte General, 2.La relación, las cosas, los hechos jurídicos*, 3ª ed., Barcelona (Librería Bosch), 1975, pág. 408.

¹⁰ Los arts. 1300 y ss. Cc. esp. se refieren a la anulabilidad, a pesar de la errónea alusión a la nulidad que utiliza la rúbrica del capítulo correspondiente, aunque los arts. 1305 y 1306, se refieren a verdaderos supuestos de nulidad. Vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid (INEJ), 1967, págs. 497 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, «La nulidad de los actos jurídicos», en *Libro Homenaje al profesor Luis Martín- Ballester*, Zaragoza, 1983, ahora en *El negocio jurídico*, cit., págs. 563 y 575-576.

¹¹ Vid., por todos, C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano (A. Giuffrè), 1987, págs.378 y ss.

¹² *Code européen*, cit., págs. 546-547.

en el articulado del *anteproyecto*, lo que tampoco sería contrario al modelo del *Contract Code*, cuando en su art. 501, refiriéndose a los contratos irregulares (*defectives*) en general, sitúa en el apartado e) un supuesto que, según la doctrina indicada, sería un supuesto de inexistencia¹³.

De todos modos, en este caso concreto, la anomalía indicada, ha encontrado otro acomodo en la sistemática del propio *anteproyecto* que no responde, y una vez más hay que decirlo, a una tradicional teoría de la nulidad, que llegue a admitir como figura independiente a la inexistencia, por muy avanzada que se muestre. Así, la falta absoluta de *consentimiento*, como consecuencia de un *error obstativo*¹⁴, por distinguirlo del *error vicio*, no será causa de inexistencia, ni en el supuesto del *disensus in causam*¹⁵, a pesar de que la distinción también está presente en el art. 571 del *Contract Code*¹⁶, pues, por razones de certeza y también de equidad, se considera, en tales casos, como una simple causa de *anulabilidad*, como veremos (arts. 146, párrafo 2 b) y 151, párrafo 1 a), solución que ya había acogido, en parte, el art. 1433 del *Codice civile*¹⁷. Por lo que se refiere a la falta absoluta de *objeto* nos encontramos, con que en el caso de la *simulación* y en el contrato efectuado *iocandi causa*, que a veces la doctrina pone como ejemplo de contrato inexistente, ninguno de los dos dan lugar en el *anteproyecto* a la inexistencia, sino que se les considera como supuestos de *ineficacia* (para la primera: arts. 153, párrafo 2 a) y 155, párrafo 1; para el segundo: art. 153, párrafo 4 a). Por ello, a la vista

¹³ Cuando «adolece de falta de consentimiento pleno debido a que uno de los contratantes se ha equivocado de contrato». Lo que desarrolla su art. 571, como veremos seguidamente.

¹⁴ Vid. E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad esp., Madrid (RDP), s.d., págs. 311 y ss.

¹⁵ Ya ULPiano, en un supuesto en que el *disenso* se plantea entre donación y mutuo, considera frente a JULIANO que no hay contrato, aunque a efectos del reintegro intervenga la *consumptio* de *bona fides* (D.12, 1, 18, pr.).

¹⁶ Cfr. *Regla general sobre el error unilateral*: 1) Cuando un acuerdo es suficientemente cierto, interpretado objetivamente, como para constituir un contrato válido, pero una de las partes padece error:

- a) sobre la identidad o las características de la otra parte,
 - b) sobre la naturaleza, contenido o significado del contrato, y sin él no habría contratado, y tal error era conocido o debió conocerlo la otra parte, el contrato no es exigible a quien lo ha padecido, quien puede reclamar la restitución de los provechos concedidos por el contrato, salvo en el caso b), y la otra parte debe someterse a que lo acordado se interprete conforme al significado que le atribuye la parte que ha sufrido el error.
- 2) En cualquier otro caso, el error padecido por un contratante no afecta a la validez del contrato.

¹⁷ Pero en aquellos ordenamientos en que falta un precepto como el citado en el texto, la doctrina suele atenerse a un criterio puramente lógico, como le pasaba a la doctrina italiana mayoritaria bajo el imperio del Cc. de 1865.

de la exigencia del contenido *útil* del contrato, entre los que establece el art. 25¹⁸, tenemos que pensar que este requisito guarda relación más bien con la eficacia que con la validez. ¿Pero no les pasa lo propio también a los demás?

Dicho esto, el concepto de inexistencia queda determinado en los apartados 1 y 2 del art. 137; en el 1 se enuncia propiamente la noción: *No existe contrato alguno en ausencia de un hecho, o de un acto, o de una declaración, o de una situación que pueda ser exteriormente reconocida y referida a la noción social de contrato.* En el 2 se desarrolla en su posible casuística: *En particular, no existe ningún contrato:*

a) *si la oferta, o, en su caso, la declaración destinada a valer como acto de autonomía privada, no tiene destinatario, o éste está privado de capacidad jurídica, a menos que exista un substrato de lo que podrá ser el sujeto mismo –como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción– y en la esperanza en que venga a existencia en su plenitud;*

b) *si la oferta, o la declaración destinada a valer como acto de autonomía privada, carecen de objeto;*

c) *si la aceptación –abstracción hecha de la que prevé el artículo 16, en los párrafos 6 y 7 (aceptación no conforme a la oferta)– no corresponde a la oferta a causa del contenido equívoco de esta última;*

d) *si el hecho, el acto, la declaración, o la situación, aún existentes, son incompletos, al punto de no poder valer en el plano jurídico ni siquiera como esquema contractual diferente y más reducido, ni en función de la supervivencia de otros elementos que se le pudieran añadir.* Supuesto, éste último que se está refiriendo al llamado negocio incompleto en sentido absoluto del que no puede derivar, en cuanto tal, eficacia alguna. Puede tener, eso sí, otro tipo de eficacia, p.ej., si a uno le envían del sastre o de un negocio de confección un traje que no ha encargado, procede igualmente su devolución, pero no como consecuencia de un contrato. En este caso, según la tradición de las *Institutiones* imperiales (III, 13, 2), estaríamos en presencia de un *cuasicontrato*.

También se considera que hay inexistencia en aquellos supuestos, que referidos a cláusulas o expresiones del contrato, una regla jurídica dispone que son reputadas como no puestas (art. 139). Por último, con muy buen acuerdo, el párrafo 3 del propio art. 138, establece una cautela muy razonable, disponiendo: *Que en caso de duda, se estimará que hay nulidad y no inexistencia;* lo que resulta oportuno, ya que la doctrina ha disputado, y volverá a hacerlo, sobre si hay inexistencia o nulidad en algunos supuestos.

¹⁸ Cfr. «*Condiciones relativas al contrato*: El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito, determinado o determinable».

En cuanto a la situación que deriva de la inexistencia, no puede ser otra que aquella que establece el art. 138 en su apartado 1: *La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto que pudiera derivar en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de restitución contenidas en el artículo 160 y de la responsabilidad aquiliana de conformidad con el artículo 161, ambos del presente Código.* Estos efectos se producen *ipso iure*, sin necesidad de declaración judicial, como dice el apartado 2 de este mismo artículo: *La situación que se contempla en el artículo 137, párrafos 1 y 2, se produce por el sólo hecho de las condiciones en que se presentan. No es susceptible de ninguna regularización o correctivo, y todo interesado puede tenerla en cuenta sin que a tal efecto corra ningún plazo de prescripción, sin embargo, sigue diciendo el precepto: y para prevalerse de ella puede también hacerla relevante por medio de una declaración de notoriedad, que lleve las indicaciones necesarias, dirigida al que debe levantar acta de ella, y puede también demandar una constatación judicial.* Continuando luego el precepto con algo que se articula y reproduce en cada uno de los *remedios*, abriendo un plazo previo a toda actuación judicial y que, como dice el *rapport Gandolfi*¹⁹, trata de ofrecer un *spatium deliberandi* a los interesados (aquí no podemos hablar de partes), para resolver sus posibles diferencias amigablemente. Por otra parte, esta reiteración, en cada supuesto, viene impuesta por las particularidades de cada remedio, aunque las variantes sean mínimas, en el caso del art. 138-2, se añade: *Pero ninguna acción puede ser interpuesta antes que hayan pasado seis (o tres) meses de la recepción de la susodicha declaración, a fin de dar la posibilidad a las partes (sic) de definir la cuestión en el plano extrajudicial. Sin perjuicio de que, en caso de urgencia, se puedan pedir las medidas contenidas en el art. 172.* Este artículo, se refiere a las medidas conservativas, inhibitorias y conminatorias que pueden utilizarse como remedio, en diversos casos. No se dice nada, en cambio, respecto de que la inexistencia se podrá alegar siempre por vía de excepción, aunque no hace falta decirlo porque, evidentemente, es una consecuencia que deriva, directamente, de su propia identidad.

2. Nulidad y sus remedios (confirmación, nulidad parcial y conversión del contrato nulo)

En nuestra tradición jurídica romanista, a pesar de que algunos códigos no hayan acertado al regularla, como ya anteriormente hemos advertido, la sanción de nulidad se funda en la contrariedad del contrato respecto del ordenamiento jurídico, bien por ser contrario a normas imperativas, bien por carecer de los requisitos esenciales para su validez,

¹⁹ *Code européen*, cit. pág. 547.

o bien por que así lo disponga la ley, como viene a decir, en la lograda madurez legislativa de esa tradición, el art. 1418 del *Codice civile*, agrupando sencillamente, en tal precepto, todos los supuestos posibles que la doctrina había venido elaborando para superar el inicial casuismo del antiguo Derecho. El *Contract Code* por su parte, mantiene el peculiar casuismo propio de la tradición del *Common law*, contemplando toda esta materia, sin el rigorismo dogmático a que hemos llegado nosotros. De este modo, el art. 501, ya citado, al hablar de los contratos *irregulares*, comprende diversos supuestos en los que agrupa inexistencia, nulidad, anulabilidad y otras formas de ineficacia. Por su parte, la nulidad alcanza a los contratos contrarios al *orden público*, bien que se considere que el contrato es *ilegal* (art. 511), *ilícito* (arts. 511 a 514 y 521), o que no tiene reconocimiento legal (art. 522), a algunos supuestos de defecto de forma (art. 531) y cuando el error unilateral provoca falta de consentimiento pleno (art. 571), como ya hemos anticipado. En definitiva, como vamos viendo, a pesar de las diferencias terminológicas, en lo sustancial, hay muchas más coincidencias de lo que puede parecer a primera vista.

Por lo demás, el efecto de la nulidad es que el contrato, como consecuencia de su invalidez, no produce efecto en cuanto tal, de acuerdo con la vieja máxima: *quod nullum est, nullum producit effectum*, y, por tanto, cualquiera que tenga interés en la declaración de nulidad puede hacerla valer, no estando sujeta la acción a prescripción, salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición, por lo mismo que el contrato nulo no puede ser convalidado, salvo que la ley disponga otra cosa (arts. 1420, 1421 1422 y 1423 del *Codice civile*). Otro tanto resulta globalmente de los preceptos citados del *Contract Code* que, en diferente estilo, se muestra, por un lado, más riguroso, como revela su art. 511, pero, por otro, más flexible, como ponen de relieve los artículos 515 al 519, bien que contemplando unos supuestos que tomados de la casuística de la realidad serían inimaginables para una *reine Lehre* de la dogmática de la nulidad. En esta línea, más o menos, se sitúan los arts. 140 y 141 del *anteproyecto*, procurando, como dice el *rapport Gandolfi*²⁰, al recoger la evolución que el concepto moderno de nulidad ha conocido a lo largo de su historia, lo que comporta la apreciación de grados, más o menos graves, dentro de la propia categoría dogmática de nulidad en su nueva dimensión, según tendremos ocasión de ver más adelante. Esto supone, como decíamos inicialmente, que la construcción de su concepto ya no descansa solamente en la invalidez (*Ungültigkeit*), pues ya no depende tanto de la defectuosa formación del contrato, sino de la valoración por encima de todo de su ineficacia (*Unwirksamheit*), concepto mucho más amplio y

²⁰ *Code européen*, cit., págs. 547-548.

difuso y que, en vez de referirse, en su sentido estricto, como solía hacerse, solo a aquellos supuestos que quedaban fuera de la invalidez, ahora se aplica también a ellos.

En cualquier caso, el art. 140-1, establece el concepto de nulidad del contrato, en los siguientes términos:

A menos que la ley disponga otra cosa, el contrato es nulo:

a) cuando resulte contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una regla imperativa establecida para la protección del interés general o para la salvaguarda de situaciones de importancia social primaria;

b) cuando es contrario a cualquiera otra norma imperativa que sea aplicable;

c) cuando le falte uno de los elementos esenciales indicados en el artículo 5, párrafos 3 y 4 (es decir, acuerdo de las partes y contenido; y forma especialmente requerida);

d) En los otros casos indicados en el presente Código, en las leyes pertinentes de la Unión Europea y en las de sus Estados miembros, que les sean asimismo aplicables;

e) En todas las hipótesis en que, en este Código o en una ley aplicable, se disponga que un elemento es requerido bajo pena de nulidad o para que el acto sea válido, o que existan expresiones equivalentes.

El párrafo 2 del propio art. 140, aplica el mismo concepto a la cláusula de un contrato que puede ser tenido por válido en el resto, según el art. 144 que veremos más adelante (*nulidad parcial*). El párrafo 3 del art. 140, se refiere a un supuesto de conflicto entre las reglas de la Unión Europea y las de los Estados miembros, resolviendo que *serán estas últimas las que prevalezcan cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los preceptos constitucionales fundamentales en vigor en cada uno de los Estados y en relación con los principios de igualdad, solidaridad social y tutela de la persona humana.*

Después vienen tres reglas que, cada una en su ámbito, son expresión de la evolución del concepto moderno de nulidad, a saber: según el párrafo 4 del art. 140: *En presencia de una prohibición de orden penal hay nulidad si la prohibición concierne al contrato en cuanto tal, es decir, si penaliza, en el lugar de su comisión, el comportamiento de las dos partes. El contrato cuya celebración esté prohibida, si para concluirle, precisa una autorización específica de parte de un órgano público, cuando no ha sido previamente concedida, es por tanto nulo.* En segundo lugar, el párrafo 5 del art. 140, establece que: *Si el cumplimiento de un contrato válido viene insertado en una actividad ilícita, el contrato no es considerado nulo para el contratante que no participa en el ilícito. Tiene, por tanto, la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y puede poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, de incumplimiento inexacto o de retraso.* Como se ve,

en ambos párrafos, la nulidad no cae sobre el contrato como una losa, su redacción deja a salvo algunas posibilidades, perfectamente plausibles.

Más interesante todavía es, por último, el supuesto que contempla, para el caso del contrato *incompleto*, el párrafo 6 del art. 140, según el cual: *Salvo lo que prevé el artículo 137 párrafo 2 letra d), –en un supuesto de inexistencia– el contrato al que falta uno u otro de los elementos requeridos no es nulo para el caso en que la ley permita el mecanismo de la formación sucesiva del acto y cuando los elementos ya existentes son jurídicamente idóneos en función de la sobrevenida de otros que determinen su carácter suficiente.* En estos casos, no hay propiamente nulidad sino que tiene lugar solamente una *ineficacia* relativa que da lugar a *inoponibilidad*, puesto que el contrato vale *inter partes* pero no frente a terceros. De lo que no faltan ejemplos en todos los ordenamientos (así la transmisión de un buque, algunos supuestos de constitución de sociedades, la constitución de una fundación, etc.), tratándose, por lo general, de contratos o negocios *incompletos* que no pueden considerarse inexistentes, ni tampoco nulos²¹.

Los efectos de la nulidad vienen contemplados en el art. 141, sin otra novedad respecto de su esquema tradicional, aparte de que se anuncien las excepciones que se contienen en los artículos siguientes, que la reducción del plazo de prescripción y poco más. El precepto se organiza en tres apartados:

1. *Excepción hecha de lo que está previsto en los artículos sucesivos, la nulidad determina la ausencia, desde su origen, de cualquier efecto que sea en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de restitución contenidas en el artículo 160 y de la eventual responsabilidad aquiliana también en virtud del artículo 161.*

2. *La nulidad se produce por el simple hecho de que concurran las condiciones requeridas para ello, pero la parte que pretenda hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a partir de la conclusión del contrato, ponerla de relieve mediante una declaración dirigida a la contraparte, conteniendo las indicaciones necesarias, a las que se aplican las disposiciones de los artículos 21 y 36, párrafo 2. –Relativas estas a la presunción de conocimiento de oferta y aceptación y a la exigencia de forma por escrito *ad probationem* en los contratos de cuantía superior a 5.000 euros– Puede también, antes de que transcurra el citado plazo de prescripción instar una declaración judicial a este propósito; pero la acción*

²¹ El que esta norma del art. 140, párrafo 6 y en relación con el art. 143, se haya inspirado, según el *rapport Gandolfi*, págs. 548-549 y, anteriormente, págs. 414-415, en el art. 799 Cc.it. que permite la confirmación y la ejecución voluntaria de la donación nula, no es un ejemplo muy gratificante para los Derechos español y francés, ya que *donner et rétenir ne vaut*. Lo que pasa es que, en el Derecho italiano, eso es posible porque se permite la donación *obligacional* (art. 769 cc. it.).

no puede ser interpuesta antes de que hayan transcurrido seis (o tres) meses desde la recepción de la susodicha declaración, a fin de permitir a las partes definir la cuestión en el plano extrajudicial. En este supuesto, nos encontramos en la misma situación que veíamos a propósito de la inexistencia y que aparece, como decíamos, en otros supuestos de anomalías y remedios, impulsado todo ello por la finalidad de evitar en la medida de lo posible un proceso judicial. Finalmente, el último inciso de este párrafo limita el juego de la excepción, en los términos siguientes: *Si el contrato no ha sido todavía cumplido, la excepción de nulidad prescribe en el momento que prescriba la acción encaminada a demandar el cumplimiento del contrato mismo*. Es evidente que esta regla se fundamenta en razones de seguridad y de certeza, ya que la efectividad de la excepción depende de factores reflejos, como es evidente.

3. *Queda a salvo la facultad de solicitar al juez, en caso de urgencia, las medidas contenidas en el artículo 172*. Lo mismo que hemos visto en la inexistencia.

Como el concepto de nulidad ha perdido su tradicional unidad monolítica, es necesario, aparte de algunas de las novedades que se introducen, como veremos, en los artículos sucesivos, referentes a la confirmación, a la nulidad parcial y a la conversión, introducir la norma del art. 142, referente a la *caducidad*, cuyo efecto ya ha sido fijado por el art. 135, lo que se hace, según el *rapport Gandolfi*, a sugerencias de Ghestin²², todo ello, consecuencia de dar relevancia, en determinados supuestos, a la formación *sucesiva* del contrato para salvarle de la nulidad (art. 140-6) que hace pensar también en su posible deformación ulterior (p.ej., se vende un solar para edificar, pero la licencia de la autoridad urbanística, normalmente esperada, no se concede). Pues bien, según el art. 142:

1. *Cuando llega a faltar un elemento esencial para la validez del contrato por superveniencia de un acontecimiento posterior a su formación e independientemente de la voluntad de las partes, la nulidad que se produce no tiene efecto retroactivo.*
2. *Salvo lo que está previsto en el párrafo anterior, las disposiciones concernientes a la nulidad se aplican a la caducidad.*

En los artículos siguientes, 143, 144 y 145 aparecen contemplados tres remedios de la nulidad, a saber: confirmación, nulidad parcial y conversión del negocio nulo, teniendo en cuenta la apreciación de los diversos grados de nulidad, lo que, por una parte, permite que se aplique la confirmación al contrato nulo; pero, por otra, restringe los efectos de la nulidad parcial y de la conversión para los supuestos más graves de nuli-

²² *Code européen*, cit., pág. 548.

dad, siguiendo una orientación predominante en la jurisprudencia alemana, según indica el *rapport Gandolfi*²³ lo que, por lo demás, no puede ser más razonable, pues, en caso contrario, sería absolutamente incongruente, como si la nulidad que se rechaza, saliendo por la puerta, volviera a entrar por la ventana, por parafrasear a René Savatier. En cualquier caso, así lo expresa, bajo la rúbrica de la *confirmación del contrato nulo*, el art. 143, según el cual:

1. *Los contratos que sean nulos por los motivos indicados en el art. 140, párrafo 1, letra a), no son susceptibles de confirmación, ni de que les sea aplicable la nulidad parcial y la conversión así como cualquier otro remedio. En lo demás, salvo la novedad de su aplicación a algunos supuestos de nulidad, la confirmación se actúa a la manera más tradicional, como muestra el resto del artículo.*

2. *Los contratos que sean nulos por un motivo diferente de aquellos a que hace referencia el párrafo anterior, son susceptibles de confirmación. Esta, tiene lugar, mediante un acto llevado a cabo por las propias partes por el que reproducen el contrato nulo, eliminando el motivo de la nulidad, obligándose a proveer a las restituciones que sean debidas y, además, a efectuar recíprocamente las prestaciones correspondientes, tal y como estas habrían debido ser, si el contrato hubiera sido válido desde el comienzo. A dicho acto se aplica el artículo 36, párrafo 2 (Exigencia de forma escrita *ad probationem* cuando la cuantía del contrato exceda de 5.000 euros).*

3. *Para llevar a cabo en tal modo la confirmación, las partes pueden proceder como lo disponen los artículos 12 y siguientes del presente Código (Normas relativas a la conclusión del contrato).*

4. *Las disposiciones del presente artículo serán aplicables también, en el caso de la simple cláusula de un contrato que puede ser considerado válido en el resto, sobre la base de lo que dispone el artículo siguiente. Lo que no es más que una extensión de la regla de nulidad parcial, como el propio precepto reconoce.*

La *nulidad parcial* viene admitida en la tradición romanista, aunque falte un precepto en algunos Códigos que, con carácter general, la reconozca y defina, pero conteniendo, sin embargo, numerosas reglas particulares que la admiten, lo que traduce el aforismo, de origen romano, *utile per inutile non vitiatur*²⁴. Los modelos del *anteproyecto*, tampoco dejan lugar a dudas, en este punto, habida cuenta el art. 1419 del *Codice civile* y no siendo extraña tampoco al *Contract Code*, como revela su art.

²³ *Code européen*, cit., págs. 548 y ss.

²⁴ Vid. sobre todo: G. GANDOLFI, «Nulità parziale e dimensione ontologica del contratto», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, ahora, en *Studi di diritto privato*, Milano (A. GIUFRÈ), 1994, págs. 217 y ss.

519²⁵. Su concepto y alcance viene establecido, con el estilo casuístico que es propio de su redacción, en el art. 144 y con la reducción de sus posibilidades, o alcance, en los casos de nulidad muy grave, diríamos, conforme al art. 143-1, antes aludido, todo ello de acuerdo con el siguiente tenor:

1. *Salvo lo dispuesto en el artículo 143, párrafo primero, si la nulidad alcanza a una cláusula o a una parte del contrato, éste permanece válido en la parte restante, siempre que esta última posea por sí misma consistencia y validez autónomas y realice de manera razonable el fin perseguido por las partes.*

2. *En los contratos complejos o con más de dos partes, si la nulidad alcanza a un solo contrato o a una sola de las partes implicadas, el principio contenido en el párrafo anterior es aplicable si, el contrato nulo, o, respectivamente, la vinculación de una sola de las partes, no revisten un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto. Sigue esta norma al art. 1420 del Codice civile.*

3. *La regla contenida en el párrafo primero del presente artículo, no se aplica si, del acto o de sus circunstancias, resulta una voluntad diferente de las partes. Lo que plantea un problema simple de mera constatación de esa voluntad, más que de interpretación, pues como recuerda el *rapport Gandolfi*²⁶, la solución no se prevale, en la artificial voluntad hipotética de las partes, como figura sobre todo en el BGB y en el *Codice civile*, sino en el juego de esa voluntad como expresión de la autonomía privada, tanto aquí, como en materia de conversión.*

4. *La nulidad parcial se produce por el sólo hecho de que concurran las condiciones para ello requeridas; pero la parte que desee hacerla valer...» y aquí se reproduce, casi al pie de la letra, el texto del art. 143-2 y 3.*

5. *La nulidad parcial no se produce si la cláusula o parte nula viene sustituida por una cláusula o una parte diferente, por efecto de una norma imperativa o en virtud de la regla de conversión contenida en el artículo 145. En la primera proposición, este párrafo, inspirado en el propio art. 1419 del *Codice civile*, se está refiriendo a lo que la doctrina ha llamado *conversión legal* (p.ej., las partes han convenido una duración del arrendamiento inferior al establecido por la norma imperativa, pero se impone éste último), en el segundo, se extiende la misma disciplina a la verdadera y propia conversión del negocio nulo.*

²⁵ Cfr. «Cumplimiento parcial del contrato ilícito: 1) Si un contrato es ilícito sólo en una parte, conforme al artículo 512.1.b), puede el juez apartarla y obligar a cumplir la porción lícita, a menos que esto sea contrario al orden público. 2) El juez puede separar las declaraciones lícitas e ilícitas, y hacer cumplir sólo las primeras, cuando constan en estipulaciones independientes o se integran en cláusulas que el juez puede rehacer para suprimir la porción ilícita».

²⁶ *Code européen*, cit., págs. 548-549.

La *conversión* viene acogida como regla legal, formulada con carácter general, en numerosos Códigos, siguiendo la pauta del párrafo 140 BGB, pero no es ajena a otros ordenamientos, donde aparecen reconocidos supuestos singulares de conversión de contratos nulos y de otros negocios jurídicos²⁷. Sin embargo, el automatismo que deriva de la imposición de una regla que se inspira en la voluntad hipotética de las partes, como ya hemos anticipado, al que se atiene todavía el art. 1424 del *Codice civile*, que aquí tenemos como modelo, puede ir en contra de la propia autonomía privada, como ha puesto de relieve, desde hace mucho, la jurisprudencia alemana. Todo esto, ha supuesto que se haya desmitificado bastante aquel automatismo, lo mismo que se han cuestionado, modernamente, los supuestos precedentes romanistas de la regla de la conversión que no pueden ser considerados más que como expresión de un *favor voluntatis*, como las importantes investigaciones de Krampe²⁸ y Gandolfi²⁹ ya pusieron de relieve. Por lo que, el remedio en que consiste, se sitúa dentro de sus propias dimensiones, más allá de la interpretación conservatoria y hasta el límite que le imponen las nulidades más graves en que no puede actuar, como ya anteriormente hemos indicado y aplicándose, igualmente, a una simple cláusula de un contrato y no sólo al contrato nulo, sino también al contrato anulado, todo ello, en virtud de una oportuna calificación. Así lo establece el art. 145, en los siguientes términos:

1. *Con independencia de lo que dispone el artículo 140, letra a) y el art. 143, párrafo 1, el contrato nulo produce los efectos de un contrato diferente y válido, si contiene sus elementos de fondo y de forma, de modo que permita realizar de manera razonable el fin perseguido por las partes.*

2. *La regla contenida en el párrafo anterior se aplica igualmente a una simple cláusula de un contrato.*

3. *La conversión no tiene lugar cuando del contrato o de sus circunstancias resulta una voluntad diferente de las partes.*

4. *La conversión se produce por el simple hecho de que concurran las condiciones para ello requeridas; pero la parte que intente hacerla valer..., etc. Aquí se reproduce el mismo texto del art. 143, párrafo 4.*

5. *Las reglas del presente artículo se aplican también al contrato anulado. Por lo que concierne al contrato ineficaz se reenvía a lo que dispone el artículo 153, párrafo 3.*

²⁷ J. L. DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona (A. BOSCH), 1959.

²⁸ *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt a/M (V.Klostermann), 1980.

²⁹ *La conversione dell' atto invalido*, Milano (A. GIUFRE), 1984 y *La conversione dell' atto invalido: il problema in proiezione europea*, Milano (A. Giufre), 1988.

3. Anulabilidad (contrato concluido por un incapaz, error y violencia moral). Efectos, modalidades y plazos de la anulación. Convalidación

La *anulabilidad*, viene contemplada en el *anteproyecto* siguiendo un concepto que es bastante común a los distintos ordenamientos. Según el art. 146:

1. *La anulabilidad tiene lugar en los casos indicados en el párrafo siguiente y puede hacerse valer únicamente por la parte a la que la ley otorga una tal facultad.* De este modo aparece en la doctrina como *nulidad relativa*, en el contexto de una teoría de las nulidades, dependiente por lo demás de una deficiente formulación legislativa, como anteriormente hemos indicado, lo que ahora ya no interesa, aunque conviene tener siempre muy presente esa nota de *relatividad* cuando se trata de la anulabilidad.

2. *El contrato es anulable:*

a) *en caso de incapacidad de una de las partes, como lo prevé el artículo 150.*

b) *cuando media un vicio del consentimiento, como lo prevén los artículos 151 y 152.*

c) *en los supuestos contenidos en los arts. 67 y 68.* (El primero se refiere a situaciones subjetivas en caso de representación y el segundo al contrato consigo mismo).

d) *En cualquier otro caso previsto por la ley.*

3. *El presente artículo es aplicable también a la simple cláusula de un contrato o a la vinculación de una de las partes a un contrato plurilateral, cuando la una y la otra posean, por sí mismas, una consistencia y una relevancia jurídica autónomas con relación al negocio en su conjunto.*

Por lo que se refiere a la *incapacidad* el art. 150, reitera y amplía, en parte, lo que dispone en art. 5-2, que regula la *capacidad para contratar* en cuanto que el contrato realizado por el menor no emancipado y el incapaz, aún de hecho, es decir, cuando su incapacidad no ha sido todavía declarada, es anulable (párrafo 1). En cambio, no es anulable *si el menor ha ocultado por engaño su edad o si la contraparte era de buena fe, porque las condiciones de enfermedad mental del incapaz no eran descubribles, o su estado declarado de incapacidad no era fácilmente identificable* (párrafo 2). Tampoco es anulable, *en la hipótesis prevista en el artículo 5, párrafo 1 –menor emancipado–, si ha obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional, y si se trata de uno de los actos usuales en su vida cotidiana que comportan un gasto modesto y son efectuados con empleo de dinero o de medios provenientes de actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien por haber sido puestas a su disposición a fin de que pueda disponer libremente* (párrafo 3). Anulado el contrato, procede la restitución en los límites que el incapaz haya

obtenido una ventaja efectiva (párrafo 4). Finalmente, *los terceros que han garantizado el contrato estipulado por un incapaz responden del contrato en cuestión frente a la contraparte, aún si el contrato ha sido anulado, estando preservado su derecho de reintegro, si ha lugar, sobre el incapaz o sobre su representante legal* (párrafo 5).

En cuanto a los *vicios del consentimiento*, el art. 151 se ocupa del error y el art. 152 de la violencia moral, aunque no podamos aquí detenernos en hacer un examen pormenorizado, diremos, simplemente, que en la regulación del *error* han influido mucho los arts. 571 y 572 del *Contract Code*³⁰, pero también otras normas comunes a la mayoría de los Códigos, como pone de relieve el *rapport Gandolfi*³¹. Lo más sobresaliente es que ha desaparecido el *dolo* por considerarse que es un concepto que actualmente, en algunos ordenamientos, carece de autonomía, como defendió brillantemente M. Rainer, aunque esto sea discutible. Por otra parte, en cuanto al llamado *error obstativo*, ha prevalecido la solución que ofrece el art. 1433 del *Codice civile*. Finalmente, en el *error común* que guarda relación con el problema de la *imprevisión* y de la *base del negocio*, se acoge fundamentalmente el art. 581 del *Contract Code*. En cuanto al contrato viciado por *violencia moral* (art. 152), diremos que ésta ha de consistir en intimidaciones o amenazas graves, procedentes de la contraparte o de un tercero, pero, en este último caso, cuando ha sido consciente de la intervención del tercero y ha obtenido por ello ventajas (párrafo 1), extendiéndose a la amenaza de ejercer un derecho cuando de ello se deriven consecuencias injustas (párrafo 2) y al miedo reverencial (párrafo 3).

Nos quedan por ver todavía, y siempre es interesante tener presente el *rapport Gandolfi*³², los *efectos de la anulación* (art. 147), con alguna interesante innovación y las *modalidades y plazos de la anulación* (art. 148). Según el art. 147:

1. *La anulación invalida el contrato con efecto retroactivo, es decir, a partir de su conclusión, y las dos partes vienen obligadas a proceder a las restituciones recíprocas correspondientes como lo prevé el art. 160.*
2. *La disposición establecida en el párrafo precedente no será aplicable si la restitución llega a ser imposible o excesivamente onerosa para la parte que deba efectuarla. En este caso, la anulación invalida el contrato a partir del momento en que tiene lugar la declaración prevista en el art. 148, aplicándose la regla contenida en el artículo 160, párrafo 4. Se refiere este precepto a la sustitución de la reparación en forma específica por una suma de dinero.*

³⁰ Al primero ya nos hemos referido anteriormente, el segundo se refiere al deber de información.

³¹ *Code européen*, cit., págs. 551 y ss.

³² *Code européen*, cit. pág. 551.

3. *La anulación del contrato determina –a cargo del que por su comportamiento lo ha provocado, en sentido del artículo 162 (que se refiere a las condiciones de la responsabilidad contractual)– la obligación de reparación del perjuicio sufrido por la otra parte, en la medida indicada en el artículo 6, párrafo 4 (obrando de buena fe la indemnización se limita al daño sufrido por la otra parte).*

Por su parte, el art. 148, establece:

1. *Para proceder a la anulación del contrato la parte para ello legitimada, o si es incapaz, su representante legal, debe dirigir a la contraparte una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.*

2. *Ninguna acción puede ser interpuesta antes de que..., etc. Reiterando lo dispuesto en otras normas que ya conocemos.*

3. *La parte que no esté en condiciones de efectuar la restitución como lo prevé el artículo 147, párrafos 1 y 2, no puede proceder a la anulación, dejando a salvo los límites previstos por el artículo 150, párrafo 4, a favor de los incapaces.*

4. *La contraparte, o todo interesado, puede intimar al legitimado –o si éste último es incapaz, a su representante legal– a declarar en un plazo no inferior a sesenta días, si cuentan proceder o no a la anulación del contrato. Una vez que ha transcurrido en vano este plazo, se entiende a todos los efectos que el legitimado o su representante legal, han renunciado a hacerlo. A la susodicha interpelación se aplican las disposiciones precedentes, contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2. Este novedoso precepto ha sido tomado del nuevo Código civil holandés (art.55-2 Lib. III).*

5. *La anulación del contrato está sometida al plazo de prescripción de tres años. Este período corre a partir del día en que ha cesado la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se ha descubierto el error y, en los otros casos, a contar del día de la conclusión del contrato. Pero la declaración de anulación, conforme al párrafo 1 del presente artículo, puede ser emitida y opuesta como excepción de cumplimiento del contrato por quién resulte demandado, aún después de transcurrido el plazo de tres años.*

Finalmente, como remedio típico de la anulabilidad, aparece el que tiene lugar, mediante lo que el art. 149 denomina *mantenimiento y confirmación del contrato anulable*, según el cual:

1. *La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado para ello en la declaración de la parte que proceda a instarla (o, si no ha sido precisado plazo, en término razonable), la contraparte se compromete al cumplimiento del contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes, aptas para asegurar el resultado sustancialmente análogo, o que sea aceptable por la parte.*

interesada. Se contempla aquí junto a una *convalidación*, siguiendo el art. 1444 del *Codice civile*, hasta una especie de *renovación* del mismo.

2. *El contrato anulable puede ser confirmado, permaneciendo entonces en vigor a todos los efectos, si el contratante autorizado para instar la anulación o su representante legal, declaran, observando la disposición contenida en el artículo 36, párrafo 2, renunciar a la anulación o cumplir voluntariamente el contrato. La confirmación supone que el susodicho contratante, o si es incapaz, su representante legal, se encuentran en condiciones de concluir un contrato válido y sean, además, plenamente conscientes de los motivos de la anulabilidad.* En cualquier caso, como la confirmación se aplica también a la nulidad, al tratar de ella ahora parece como que ha perdido importancia.

4. De otras anomalías (simulación y reserva mental)

Muy ligadas a las anomalías a que nos hemos referido están, por una parte, la *simulación y reserva mental* (art. 155) y, por otra, la enunciación de sendas reglas sobre la *ineficacia* y la *inoponibilidad* (arts. 153 y 154). En el primer caso, si se ha abandonado el esquema tradicional para la validez del contrato (capacidad y otros presupuestos subjetivos, consentimiento, objeto y causa) y si, además, no se habla de causa en el *anteproyecto*, resulta muy difícil tratar de la *simulación* a propósito de la nulidad, como especialmente el profesor J. P. Sortais puso de relieve en los debates³³, aunque, como veremos, en el caso de la simulación absoluta, no puede pasar de la nulidad, aunque hay que pensar que por otras razones, ya que, en tal caso, falta la exigencia del contenido *útil* del contrato (art. 25) y lo mismo sucede cuando el contrato se lleva a cabo en fraude de acreedores o de la ley, por incurrir entonces en *ilicitud*, de acuerdo con el propio art. 25 y de conformidad con lo dispuesto, para ambos supuestos, por el art. 140.

En el segundo caso, por lo que se refiere a la *ineficacia*, si bien parece razonable formular alguna regla, puesto que en el sistema del *anteproyecto* resulta un concepto *autónomo*³⁴, no solamente un concepto reflejo, al haberse ampliado su concepto en el sentido antes indicado y al presentarse la regla formulada en exceso casuística, en algún caso, viene a coincidir, como ocurre en el párrafo 4 -b) del art. 153, con aquellos su-


³³ *Rapport Gandolfi*, cit., *Ibid.*, págs. 554-555.

³⁴ Así aparece ya en otros preceptos anteriores: cuando la oferta irrevocable carece de efecto (art. 17, párrafo 1), cuando está justificado que el contrato devenga ineficaz por muerte o incapacidad del autor de la oferta o de su destinatario (art. 18), cuando carecen de efecto las condiciones generales (art. 30, párrafo 4).

puestos de nulidad (menos grave) que contempla el art.140, párrafo 6. En cuanto a la *inoponibilidad*, al ser una consecuencia de la ineficacia, estaría menos justificado formular una regla autónoma y, sin embargo, aquí el casuismo, aunque igualmente exagerado, resulta provechoso. En cualquier caso, al aparecer reguladas, lo que tiene sus antecedentes en diversos ordenamientos, como es sabido, no solamente resulta más fácil su constatación, sino también, se ofrece como más natural la posibilidad que existe, cuando el contrato deviene definitivamente ineficaz, de su confirmación, eficacia parcial y conversión (art. 153, párrafo 5).

Sea como fuere, voy a referirme únicamente aquí a la simulación y a la reserva mental que guardan una relación más estrecha con las categorías anteriormente examinadas. De la primera, se ocupa el art. 155, en sus tres primeros párrafos, en los términos siguientes:

1. *Dejando a salvo toda disposición comunitaria o en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea que sea aplicable, cuando las partes llevan a cabo un contrato simulado, es decir solamente en apariencia, éste es ineficaz; y si ellas mismas entienden además concluir un contrato diferente, disimulado, éste último es el que tiene efecto, siempre que venga dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y que la simulación no se haya efectuado en fraude de un acreedor o de la ley; en este caso, serán nulos los dos, tanto el contrato simulado como el disimulado.* Supuestos en los que vuelve a aparecer la nulidad, como antes hemos apuntado.
2. *El tercero, aparte de su facultad de alegar la inoponibilidad del contrato disimulado, puede igualmente declarar que quiere hacerlo valer en su provecho, conforme a sus intereses lícitos; no poniéndose ningún límite a la prueba que sea utilizable para los citados fines.*
3. *Las partes contratantes, para hacer valer el contrato disimulado, después de haber emitido a tal efecto una declaración apropiada, conteniendo las indicaciones necesarias y a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2, no pueden recíprocamente prevalerse de la prueba testifical, sino únicamente de la prueba documental. La prueba testifical no es admisible más que para llegar a establecer que el contrato documentado es ilícito o de toda manera nulo.*

Finalmente, la reserva mental se contempla en el párrafo 4 del propio art. 155, estableciendo que: *Cuando una parte emite una declaración no conforme a su voluntad dirigiéndose a otro, la declaración en cuestión vincula, a pesar de todo, en el sentido que el destinatario la pueda interpretar de buena fe –como efecto derivado de la apariencia–, a menos que éste último sea consciente de la reserva mental; en este caso, la declaración produce para el destinatario y los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme a los párrafos precedentes.* 

DEBATES PARLAMENTARIOS Y DERECHOS DE AUTOR

Juan Miguel de la Cuétara Martínez
Catedrático de Derecho Administrativo (excedente)

Presentación

Sean mis primeras palabras de agradecimiento por la oportunidad que se me brinda de intervenir en un acto tan entrañable como el presente. Agradecimiento, a la Escola Galega de Administración Pública en la persona de su Director y buen amigo Domingo Bello; al coordinador del curso y antiguo compañero de fatigas académicas, Carlos Rogel, y a la persona que fue maestro de todos nosotros, y que supo inculcarnos el gusto por el estudio de Derecho en serio a muchas promociones de alumnos compostelanos, Carlos Fernández-Novoa. Es ésta, como digo, una reunión emocionante, que viene a significar que la buena semilla siempre prende, y me siento muy honrado de participar en ella.

Me corresponde hablar de los debates parlamentarios y los *Derechos de Autor*. Lo haré en una intervención dividida en cuatro partes. En la primera veremos la obra intelectual de los parlamentarios en su contexto; son muchas las tareas que ocupan a diputados y senadores y diversos los productos de su actividad; una cierta aproximación a todo ello se hace necesaria antes de abordar el tema de los derechos de autor. En la segunda parte nos centraremos en lo más notorio de la vida parlamentaria: el reflejo que de ella queda en los Diarios de Sesiones y Boletines de las

Cámaras; en esta materia será necesario recordar algunos aspectos de la institución demanial, en cuanto el dominio público es el lugar adecuado para cobijar institucionalmente estas colecciones. La *tercera* parte estará dedicada a los derechos de autor de los parlamentarios sobre sus intervenciones; no hay duda de que tales derechos existen, pero tampoco la hay de que el lugar y el fin de estas intervenciones singularizan su alcance, introduciendo limitaciones que no se dan en otros ámbitos. Por último, en la *cuarta* parte abordaremos, dentro del tiempo restante, algunas cuestiones de interés específico, como puede ser el sentido que los derechos morales tienen en intervenciones con fuerte contenido político, todo ello, por supuesto, en relación con la difusión o explotación que unos u otros pretendan hacer de una intervención parlamentaria.

Debo advertir que trataré de mantener el tono de esta charla exento de excesivas citas o referencias exhaustivas, impropias de la comunicación oral; si vamos a hablar de intervenciones que en su mayor parte adoptan la forma de discursos, procuremos sobre todo no aburrir en el nuestro.

1. La obra intelectual de los parlamentarios en su contexto

1.1. *El objeto principal de su actividad, las leyes, no es objeto de propiedad intelectual*

En cualquier sistema democrático, los parlamentarios se reúnen, sobre todo, para hacer leyes. Hacen más cosas, por supuesto, dentro de una separación de poderes que con el paso del tiempo va adquiriendo nuevos matices; pero su misión originaria, su tarea prístina, es aprobar las leyes.

Como todos sabemos, la ley tiene vida propia. Apenas nacida, se independiza de sus autores y queda en manos de los operadores jurídicos, señaladamente de los Tribunales que han de decidir sobre su correcta o incorrecta aplicación. Aunque muchas veces identificamos las leyes con la figura de su principal impulsor, está claro que la ley no es «de» la persona que usamos para referirnos a ella más que de un modo simbólico.

Mi primera etapa como profesor universitario estuvo presidida por la «Ley Villar» de Educación; luego me sorprendió la reforma fiscal de Fernández Ordóñez; más tarde critiqué, como tantos otros, la «Ley Corcuera», también llamada «de la patada en la puerta»; y ahora asisto, un tanto desde la barrera, a los conflictos suscitados por la Ley de Calidad de la Enseñanza de Pilar del Castillo. Parece que en España las leyes sólo alcanzan notoriedad cuando son conflictivas, al contrario que en otros países, donde también se singularizan las que resuelven problemas (recuérdese la tan famosa *Shermann Act*, la ley antitrust norteamericana, ejemplo pionero de defensa de la competencia frente a los grandes monopolios).

Las leyes no son objeto de propiedad intelectual. El artículo 13 de la LPI lo deja muy claro: «No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos». Adviértase que no se trata de que las leyes entren en el dominio público y, por lo tanto, haya derecho de libre reproducción de su texto; lo que ocurre es que estos documentos quedan al margen de la propiedad intelectual y de todo el sistema de derechos de autor. ¿Por qué?

Pueden darse muchas explicaciones de ello. Por ejemplo, en un sentido técnico, el texto de una ley no es una obra de creación literaria, sino que es algo más, es esa «ordenación de la razón» de que habló Santo Tomás, o la «expresión de la voluntad popular», si se prefiere, pero en todo caso algo más que una pieza literaria. Personalmente prefiero entender, un tanto al modo platónico, que la ley como «norma general y abstracta» es algo con lo que no se comercia; la ley se discute, se aprueba, se acata, se aplica, incluso se combate doctrinal o políticamente, pero no se compra ni se vende. Una cosa son los «textos legales» que todos conocemos, y que compramos en las librerías jurídicas, y otra la ley en sí misma. La ley tiene «espíritu» (¿cuántas veces nos hemos referido al «espíritu de las leyes» e incluso «inteligencia»?; siempre se ha dicho que la ley es más inteligente que el legislador); este espíritu y esta inteligencia están «extracommercium» y no pueden ser objeto de apropiación; por eso no son «bienes» en el sentido del art. 333 del Código Civil, ni, por lo mismo posible objeto de propiedad intelectual. Una explicación idealista, sin duda, pero para mí válida: la ley puede ser un mandato, una proposición lógica, o un equilibrio jurídico preconstituido; en todo ello hay algo inaprehensible y, por lo mismo ajeno, a los derechos de autor. Nadie puede apropiarse una de las fuentes del Derecho.

1.2. Tampoco son objeto de propiedad intelectual los acuerdos y actas de los órganos parlamentarios

El art. 13 de la LPI excluye también de la propiedad intelectual a «las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores». Esta exclusión complementa la anterior y, en lo que se refiere a la actividad parlamentaria, engloba cuantos dictámenes, «acuerdos», y «actos» emitan sus órganos, lo cual no plantea mayores problemas: siendo predicables de un órgano (el Pleno, una Comisión, la mesa que preside una sesión...) no cabría aplicar sobre ellos derechos de autor individualizables en parlamentario alguno; el acta formal en que se deja constancia del acuerdo lo identifica perfectamente; el problema se plantea con la expresión «deliberaciones»: ¿significa que no puede haber derechos individualizables en las intervenciones personales produci-

das en cualquier deliberación parlamentaria? No parece que el legislador haya querido llegar a tanto: la deliberación, en el contexto en que está usada esta palabra, es la labor colectiva que se realiza en el órgano, esto es, la materia de la que se nutren los acuerdos que se adoptan; pero una ponencia bien preparada, o la intervención solemne de un parlamentario en un pleno, aunque forme parte de la «*deliberación*» encaminada a adoptar una decisión, es una obra intelectual claramente separable del contenido de la resolución que finalmente se adopte; es más, muchas de estas intervenciones son de tipo «*testimonial*» para dejar constancia de una posición que se sabe no va a prosperar, constancia que viene precisamente a acreditar ese carácter de «*obra intelectual*» individualizada aquí preconizado.

A nivel de principio, allí donde hay obra intelectual, puede y debe haber propiedad intelectual. Dicho de otro modo, la regla general para las obras es la existencia de derechos de autor; las excepciones que admita el legislador deben interpretarse restrictivamente. En este caso, la interpretación restrictiva exige que entendamos como «*deliberaciones*», a efectos de inexistencia de propiedad intelectual, aquellas directamente relacionadas con la formación de la voluntad del órgano en cuyo seno se producen, esto es, las encaminadas explícitamente a mover la voluntad de sus miembros inmediatamente antes de la formación de la voluntad colegiada; las intervenciones que procuran una mejor inteligencia de la cuestión, que contienen análisis y razonamientos complejos y que, en suma, constituyen un «*discurso*» coherente y autónomo, deben dejarse aparte; tales «*discursos*» son objeto de protección de la ley, como seguidamente veremos.

1.3. *Los discursos y alocuciones –especialmente– y otras intervenciones individuales de los parlamentarios son obras protegidas por la LPI*

El art. 10 de la LPI, como es bien sabido, define con gran amplitud el concepto de «obra» a efectos de la aplicación de la ley y, en su primer apartado, incluye específicamente a «*los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza*». Está claro que una charla como la que ustedes están escuchando pacientemente queda incluida en el apartado «*discursos*» gracias a la generosidad del lenguaje, pero no lo está menos que las intervenciones en las Cámaras son también «*discursos y alocuciones*», puesto que no hay diferencia cualitativa entre ambas actuaciones (salvo que en las Cámaras se producen actuaciones mucho más entretenidas que ésta, aunque –puedo asegurárselo– hay algunas que resultan incluso mucho más aburridas). Recuérdese que es normal que el Reglamento de las Cámaras obligue a los parlamenta-

rios a efectuar sus intervenciones «*personalmente y de viva voz*» (así lo hace el Reglamento del Congreso de los Diputados), esto es, les obliga a hacer «*discursos y alocuciones*». No hay, pues, nada que les excluya de la aplicación de la LPI, salvo lo ya comentado sobre las «*deliberaciones*» que tampoco pone impedimento para ello, como he dicho, salvo en contados supuestos.

Los parlamentarios se expresan muchas veces por escrito. El apartado de «**Control del Gobierno**» incorpora una gran cantidad de intervenciones de este tipo, conjuntamente con el de mociones y propuestas «*no de ley*» (desafortunada denominación que cubre cuanto la fértil imaginación política pueda concebir). También aquí debemos ver una obra en el sentido de la Ley de Propiedad Intelectual, de las que ahora nos ocupan. Ahora bien, tanto las intervenciones orales como las escritas tienen un sistema propio de fijación y reproducción que conviene examinar.

1.4. La fijación y publicación de las intervenciones parlamentarias está preestablecida. Existen colecciones oficiales que las incorporan

Los parlamentarios no pueden decidir sobre si hacer sus intervenciones públicas o no; eso lo decide, en primer lugar, el Derecho Parlamentario que, en la línea del art. 80 de la Constitución, establece la regla general de que las intervenciones son públicas, y, en segundo lugar, la Presidencia de cada Cámara, para los casos en que las sesiones hayan de ser reservadas o secretas. Tampoco puede decidir cada parlamentario individual el modo de fijación de sus intervenciones orales: también está preestablecido que se fijen por escrito, para su incorporación al Diario de Sesiones. Y, aún si se trata de la radiodifusión –vía radio o televisión– de una o varias sesiones, la decisión tampoco es individual del parlamentario sino de la presidencia de la Cámara o de la sesión correspondiente.

Lo importante de todo ello es que siempre queda un registro (incluso de las sesiones secretas) destinado a engrosar las colecciones oficiales de debates que cada Cámara mantiene. Esto significa que los derechos existentes sobre tales colecciones son distintos de los que los parlamentarios ostentan sobre sus propios discursos y escritos, y, por lo mismo, debemos examinarlos separadamente. Procedamos a ello, no sin antes recordar que los derechos de la emisora que graba la sesión, son a su vez, derechos independientes de los anteriores.

2. Las colecciones oficiales de debates parlamentarios y el dominio público

2.1. Generalidades sobre el dominio público inmaterial

Normalmente asociamos la idea del dominio público a bienes materiales e, instintivamente, pensamos en bienes inmuebles. Ésta es, desde luego, la concepción que suscita el art 132.2 de nuestra Constitución cuando establece que «*son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y en todo caso la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*». Pese a ello, esta idea intuitiva de los bienes demaniales hace muchos años que viene siendo corregida en nuestro Derecho.

En primer lugar hubo de reconocerse que el dominio público integraba bienes que, aunque materiales, estaban en permanente proceso de renovación, de tal forma que lo que se integraba en el demanio no era la «cosa» en sí, sino el derecho de su aprovechamiento. Tal sucedió con los ríos y arroyos (*acquae profluens*) desde tiempos de los romanos y últimamente con todas las aguas, incluidas las subterráneas, integradas en el ciclo hidrológico natural.

En segundo lugar se integraron también en el demanio bienes muebles. Naturalmente se trata de bienes no fungibles (obras de arte, objetos arqueológicos) con clara afectación a un uso o servicio público (museístico, generalmente), pero su calificación demanial quedó firme establecida, haciéndose así estos bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables como parte del acervo histórico, artístico y cultural de la nación.

En tercer lugar se integraron en el demanio derechos incorporales. El criterio de la afectación fue decisivo a tal efecto; si una servidumbre o cualquier otro derecho perteneciente al Estado es esencial para el funcionamiento de un servicio público, por tal hecho queda incorporado al dominio público. Piénsese en tantas y tantas servidumbres de paso que soportan el desarrollo de infraestructuras y redes colectivas y se comprenderá fácilmente su demanialización. De todos modos debo advertir que la privatización de muchas de estas redes, al segregarse del Estado, ha llevado consigo su extracción del demanio para situarlas en un régimen intermedio de bienes «vinculados» de gran interés, en el que no podemos entrar ahora).

Por último, el dominio público incorpora bienes inexistentes, que no son más que una abstracción matemática, la cual permite organizar actividades «como si» fueran soportadas por bienes demaniales. Me refiero al espectro radioeléctrico declarado legislativamente un bien de dominio público, cuando lo que llamamos «bandas o canales radioeléctricos» en realidad es un conjunto de longitudes de onda identificado numéricamente para poder atribuir derechos de uso exclusivos sobre ellas. Lo mismo sucede con el «espacio público de numeración» que, como su propio nombre indica, se reduce a eso, a números de la serie natural, cuyo uso debe atribuirse equitativamente entre los distintos operadores de telecomunicaciones.

Este breve excurso viene a cuento porque el dominio público en el que entran los derechos de autor una vez superado el tiempo establecido para su explotación por su legítimo creador o sus herederos, pertenece a estas últimas categorías, de bienes inmateriales, que tiene mucho de abstracción. La ley nos dice muy poco sobre sus características; en realidad, se reduce a proclamar el clásico derecho de reproducción de una obra sin autorización de su autor o legítimos titulares y poco más. A partir de un concepto claramente negativo («la extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público»), el art. 41 de la LPI regula las «condiciones para la utilización de las obras en dominio público» diciendo simplemente que «podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 14». Como se ve, no es mucho.

Este tipo de regulación trae causa de una característica del dominio público que es su tendencia hacia los usos comunes con preferencia a los especiales y privativos. Los usos que necesitan especial regulación son estos últimos, cuya efectividad requiere autorizaciones y concesiones que hay que configurar, procedimientos para adjudicarlas, previsiones para la resolución de conflictos y tantas otras normas con plazos, tramitaciones, compromisos etc. Pero el «uso común general», el que se produce cuando el uso de un bien demanial por una persona no obstaculiza un uso igual por cualquier otra, plantea muchos menos problemas. Todos podemos caminar por la calle o bañarnos en la playa sin molestarnos los unos a los otros y con muy poca regulación: basta con la proclamación del derecho a hacerlo; esto es lo que sucede con las obras de creación literaria artística o científica en el dominio público: todos pueden hacer uso de ellas sin daño para las obras ni para los demás; de ahí la escasa regulación detectada.

Ahora bien, no debe pensarse que es lo mismo la situación de las obras en el dominio público que la de las leyes o acuerdos de organismos públicos excluidos de la propiedad intelectual. El dominio público lo es de la Nación, en nuestro caso de la Nación española, por lo que el derecho existe y tiene un titular; en el caso de los bienes excluidos el derecho no existe y, por tanto, tampoco la titularidad.

2.2. Los Boletines y Diarios de Sesiones entran en el dominio público por afectación

Como he anticipado, los Boletines y Diarios de Sesiones son una obra protegible. El proceso de transcripción de los discursos, preparación para su impresión, corrección de pruebas, etc. es costoso y valioso. Su recopilación e integración da vida a una colección oficial en la cual –como bien dice el art 12 de la LPI– lo importante es la estructura y disposición

de los contenidos; esta forma de publicación se considera «obra intelectual» con independencia de que existan derechos de autor sobre cada uno de los textos de la recopilación. La titularidad de estas colecciones es de las Cámaras parlamentarias y, por supuesto, no se ve afectada por la posibilidad de que cada parlamentario reúna sus propias intervenciones en otra colección de sus «obras escogidas» u «obras completas» en función del art. 22 en relación con el 33.2 LPI.

De los Boletines y Diarios parlamentarios interesa destacar que –como se ha dicho– se integran en el dominio público por afectación, esto es, a virtud de las previsiones del art 339.2 del Código Civil, referidas a los bienes patrimoniales del Estado «que están destinados a algún servicio público». Baste señalar a tal efecto, por ejemplo, que el capítulo del Reglamento del Congreso de los Diputados que lleva por título *De las publicaciones del Congreso y de la publicidad de sus trabajos* (arts. 95 y ss) regula la composición y contenido de estas publicaciones y que existe en el Congreso un «servicio de información» que se presenta a sí mismo en Internet del modo siguiente:

El Servicio de Información del Congreso de los Diputados es el encargado de facilitar a instituciones, organismos y público en general, excepto medios de comunicación, toda la información sobre: Actividad legislativa: información y remisión, en su caso, del estado de la tramitación parlamentaria de Proyectos de Ley, Propositiones de ley, etc., con las referencias de Boletines y Diarios de Sesiones.

En la Web del Congreso (www.congreso.es) están disponibles gratuitamente tanto el Boletín Oficial como el Diario de Sesiones (de Pleno y Comisiones), y no parece que el servicio público al que me refiero plantee problema alguno de reconocimiento: en una democracia representativa la divulgación de las tareas de los parlamentarios es –tiene que serlo– un claro servicio público; pero, incluso si se prefiriese verla como una actividad de mero «interés público», la necesidad de estas publicaciones para el funcionamiento de un organismo público como es una Cámara parlamentaria, las convierte automáticamente en servicio público.

Siendo dominio público por afectación, el régimen de estas colecciones presenta algunas peculiaridades sobre el de los derechos de autor cuyo plazo de protección privada haya transcurrido. En primer lugar, no habrá que esperar plazo alguno para que la integración se produzca y, en segundo lugar, la Cámara puede establecer regulaciones sobre la forma de manejar estas colecciones (precio y puntos de venta, forma de consulta gratuita, etc.) que no se dan en el otro caso.

2.3. *Al margen de las colecciones oficiales, la Cámara puede generar y comercializar obras protegibles como cualquier otra institución*

Es relativamente común que en las Cámaras parlamentarias exista una tienda de recuerdos en la que se vendan al público vídeos y grabaciones de sesiones especialmente significativas, u otras formas de plasmar contenidos protegibles por la Ley de Propiedad Intelectual relativos a actos o acontecimientos de cierta trascendencia. Estas obras están al margen del dominio público referido en el punto anterior y deben considerarse plenamente patrimoniales de la Cámara que las ha creado. Como bien sabemos, la afectación al servicio público debe ser expresa, y resulta claro que la afectación en nuestro caso se ha producido tan sólo en el caso de las publicaciones oficiales, no en cualesquiera otras iniciativas que puedan adoptar las Cámaras, que a estos efectos actúan como un corporación más.

3. El derecho de autor de los parlamentarios sobre sus intervenciones

3.1. *El derecho explícito a «publicar en colección» las propias intervenciones*

En la Ley de Propiedad Intelectual se contiene la siguiente previsión expresa:

«Igualmente, se podrán reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que esas utilizaciones se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. Esta última condición no será de aplicación a los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas. En cualquier caso, queda reservado al autor el derecho a publicar en colección tales obras» (art 33.2).

Ya habrá más ocasiones de referirnos a este precepto. Por el momento retengamos su último inciso: sin perjuicio de que se hayan reproducido libremente los discursos parlamentarios en una o más ocasiones, su autor siempre tiene el derecho de «publicarlos en colección». Esto viene a significar el reconocimiento por parte del legislador de la existencia de derechos de propiedad intelectual de los parlamentarios sobre sus discursos. Dicho de otro modo, no se trata de que lo normal sea la libre reproducción y, la excepción, el derecho de colección por su propio autor, sino al contrario, lo normal es que el autor ejerza los derechos de general aplicación sobre su obra, incluido el de colección del art. 22 LPI, siendo la excepción el derecho de libre reproducción que por razones de interés público se reconoce a terceros sobre las intervenciones parlamentarias. Es importante retener esto, por lo que seguidamente se dirá.

3.2. El Derecho de autor presenta en nuestro caso singularidades relevantes

Todo discurso parlamentario es una obra intelectual creada por su autor. Pero está pronunciado en el seno de una función pública –de gran trascendencia colectiva– y esto lo singulariza. Algunas de las circunstancias que aportan matices significativos a estos derechos de autor son:

a) *La función parlamentaria no es comercializable.* El art. 17 del Reglamento del Congreso (norma que he tomado como guía para toda mi intervención) se refiere indirectamente a esta situación cuando preceptúa:

«Los Diputados no podrán invocar o hacer uso de su condición de parlamentarios para el ejercicio de actividad mercantil, industrial o profesional.»

La obra de creación contenida en sus discursos, por lo tanto, debe referirse a la persona, no al «*Diputado*». Aunque ambos aspectos, como es lógico, son difíciles de separar, su distinción tiene relevancia para aquellas intervenciones en la que predomine la función institucional, como puede ser la simple lectura de textos de trabajo de la Comisión o, incluso, la exposición de datos procedentes directamente de los servicios informativos de la Cámara, en los cuales no haya obra de creación personal o ésta sea mínima. Del mismo modo, si partes sustanciales del discurso o intervención han sido elaboradas por técnicos o colaboradores del partido al que representa, se aplicarán las reglas generales de la coautoría, dado que lo que justifica los derechos de autor es precisamente la creación personal, que en este caso es compartida, y no la función institucional, predicable exclusivamente del Diputado.

b) *Los debates parlamentarios pueden ser libremente utilizados como información de interés público ya publicada.* Aquí es de aplicación el art. 33.2 LPI al que me he referido más arriba. De este artículo es interesante destacar la diferencia que establece entre «*información de actualidad*» que sólo puede ser libremente utilizada mientras persista tal circunstancia, y «*discursos parlamentarios*», que pueden reproducirse aunque hayan dejado de estar de actualidad. La razón de esta exclusión no puede ser otra que estos discursos específicos se consideran «*de interés público permanente*», mientras que el interés público de los demás es temporal. Ahora bien, hay un límite a esta libre disponibilidad que es el derecho a publicar «*colecciones de discursos*» que, como sabemos, se reserva a su autor. Esto significa que lo que se hace libremente reproducible son las piezas oratorias individualizadas, mientras que el valor añadido que se supone tiene su agregación como conjunto solo puede ser explotado por su autor. En todo caso, debo precisar que se trata de información publicada desde el momento de su origen, puesto que se ha producido en «*sesiones públicas*», y ello con independencia de que esté pendiente todavía su publicación

formal en el Diario de Sesiones. Cuanto antecede se refiere, por supuesto, a intervenciones que no se hayan producido en sesiones declaradas reservadas o secretas, en las que desaparecen los derechos de reproducción y comunicación.

c) *El derecho de autor del parlamentario comprende más facultades que la de publicar colecciones.* Cabría pensar que, a virtud del viejo aforismo «*lex ubi voluit dixit ubi noluit tacit*» (la ley cuando quiso, dijo; cuando no quiso, calló), los derechos de autor sobre las intervenciones parlamentarias deberían reducirse al expresamente mencionado en la ley, esto es, al de publicar colecciones de discursos. Ya he anticipado que esto no es así y ahora es el momento de explicarlo. Hay un claro paralelismo entre los discursos parlamentarios y las explicaciones de cátedra; en ambos casos se trata de intervenciones orales producidas en el seno de una institución ante una generalidad de personas, institucionalmente habilitadas para utilizar su contenido. Es claro que las explicaciones de cátedra están protegidas por los derechos de autor (art. 10.1,a) y que un conjunto de lecciones (un manual o tratado) tiene más valor que cada una de las lecciones sueltas; pero es claro también que muchas de las explicaciones de cátedra pueden usarse individualmente como parte de artículos científicos o monografías, y que otras explicaciones sirven perfectamente como publicaciones de divulgación científica dirigidas al gran público en general; estos usos, qué duda cabe, están protegidos por los derechos de autor. Pues bien, también las intervenciones parlamentarias pueden tener usos distintos de la publicación de colecciones y, correlativamente, también están amparadas por la LPI. Piénsese, por ejemplo, en un curso de oratoria en el que se utilice uno o varios discursos parlamentarios como modelo o instrumento de trabajo; o piénsese en una consultora que ofrezca a un partido político discursos parlamentarios escogidos para mejorar la efectividad dialéctica de sus miembros. En ambos casos se está utilizando mercantilmente una obra personal protegida por derechos de autor; el hecho de que los discursos estén en el diario de sesiones no impide tal protección, en cuanto su inclusión en dicho diario nunca fue hecha a los efectos mercantiles expresados. Y, ni que decirlo tiene, el derecho de cita o reseña del art. 32 LPI no llega a tanto.

3.3. *Apunte sobre la radiodifusión y la comunicación pública de las intervenciones parlamentarias*

Hay dos modos de proceder a la difusión por ondas radioeléctricas, por cable o por Internet de las intervenciones parlamentarias. El primero de ellos es el de difusión del contenido de la sesión parlamentaria en cuyo seno se han producido las intervenciones. En este caso, es la autoridad de la Cámara la que, al permitir la retransmisión de la sesión, autoriza la

divulgación de todas las intervenciones que en ella se hagan, y los parlamentarios individuales no pueden oponerse a la misma o solicitar retribución alguna individualizada por tal motivo. El segundo modo es más problemático, en cuanto consiste en la utilización de una grabación específica para su divulgación con un propósito determinado. En principio, el art. 33 LPI cubriría esta utilización, pero este artículo no resuelve el problema del control que lógicamente el parlamentario debe tener sobre la utilización de su imagen y actuaciones en cuanto «obra» objeto de propiedad intelectual. Piénsese, por ejemplo, en el uso de una intervención especialmente brillante de un diputado para exaltar un partido político, en mítines, reuniones de sus órganos etc. Si este diputado, por las razones que sea, abandona el partido y no ha hecho cesión expresa de los derechos de uso de tal grabación, ¿no podrá acaso impedir la continuidad de esta utilización?; ¿no podrá también exigir que se retire de Internet tal o cual grabación suya, incorporada a una página web con objetivos distintos de la mera información? Ciertamente que la Ley Orgánica del Derecho al Honor, la Intimidad y la propia Imagen puede resultar de utilidad en estos casos, pero no es menos cierto que la propiedad intelectual sobre las propias intervenciones, que aquí vengo defendiendo, también debe poder ser aplicada en este tipo de situaciones. Seguidamente diré algo más sobre ello.

4. Algunas cuestiones de especial interés

4.1. *Las diferentes manifestaciones del derecho moral de autor*

Según el art. 14 de la LPI (*Contenido y características del derecho moral*), corresponden al autor los siguientes derechos:

1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

Es claro que los dos primeros derechos no son aplicables al caso que nos ocupa; la publicación de las intervenciones deberá producirse en todo caso según el sistema legalmente establecido y los seudónimos están evidentemente excluidos. También queda excluido el punto quinto, en cuanto se quiera identificar la obra como intervención parlamentaria (se admite en cambio, la modificación de los contenidos para una nueva obra hecha fuera de dicho contexto, siendo naturalmente su autor el único legitimado para hacerla). Y el punto siete es impensable que pueda llegar a aplicarse a las intervenciones incluidas en los Diarios de Sesiones (no así a las fotografías o grabaciones que puedan haberse hecho y sobre las que un parlamentario detente derechos, como sería el caso de las hechas a su encargo). Dado que el reconocimiento de la autoría de la intervención, del punto tercero, es exigible en cualquier caso y no plantea mayores problemas, restan como puntos de especial interés en cuarto y el sexto.

En el epígrafe anterior ya anticipé el problema de la «*retirada*» de una grabación por cambio en las opiniones de su autor. Otro problema equivalente es el de la defensa de la integridad de las grabaciones (o incluso textos) contra posibles manipulaciones. En ambos supuestos se trata de unas «*obras*» o «*actuaciones*» que su autor ha aceptado sean usadas más allá de simples propósitos informativos, y que desea defender. Las cambiantes circunstancias políticas dan lugar a muchos conflictos de este tipo, y las grandes posibilidades hoy día existentes de manipulación de contenidos audiovisuales digitalizados facilitan su surgimiento. Pues bien, la tesis que vengo defendiendo de que, en principio, la obra intelectual de los parlamentarios goza de la protección de la Ley de Propiedad Intelectual se aplica especialmente a estos aspectos del Derecho moral y hay que concluir que son plenamente exigibles.

En este ámbito de la defensa de la integridad de la obra o incluso de su retirada por cambio de convicciones, debe hacerse una especial llamada de atención al contexto en el que se haya producido. Recuérdese que estamos hablando de intervenciones con gran contenido político y que, en política, el contexto de los mensajes es especialmente relevante. El derecho moral a la integridad de una obra puede incluir, según esto, referencias explícitas a dicho contexto: sacarla del mismo es una forma de romper su integridad.

4.2. Los derechos a la participación en los asuntos públicos y de acceso a la cultura

Considérense los siguientes preceptos constitucionales:

Art. 23. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos.

Art. 44. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.

Art. 48. Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Art. 80. Las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento.

No cabe duda de que el último de ellos está íntimamente relacionado con los tres anteriores. La Constitución quiere que lleguen al público al menos las intervenciones principales hechas en las Cámaras parlamentarias, en cuanto forman parte de una cultura cívico-política que todos los ciudadanos y especialmente la juventud deben poder adquirir. Todo el sistema de publicación y de acceso al contenido de las sesiones parlamentarias está basado sobre el interés público de tales contenidos, al cual he aludido repeditas veces en mi intervención, y que no es otra cosa que el reflejo de los derechos constitucionales de participación en los asuntos públicos y de acceso a la cultura que acabo de reseñar. Pues bien, lo que quiero afirmar ahora, para terminar, es que la configuración de un derecho de autor claramente reconocible sobre los discursos y demás alocuciones parlamentarias por parte de sus autores no va en contra de estos fundamentales derechos; al contrario, en mi opinión viene a favorecerlos.

La cultura del pueblo es reflejo de la de sus dirigentes. Esta frase, que también puede decirse al revés (la cultura de los dirigentes es la del pueblo al que pertenecen) hace deseable que en las Cámaras parlamentarias las intervenciones que se produzcan tengan el más elevado nivel intelectual posible. Ciertamente, en muchas ocasiones nuestros políticos se alejan del nivel deseable y llegan a arrojar ciertas dudas sobre nuestra cultura como pueblo, pero el objetivo es siempre el mismo: el debate político debe hacerse al máximo nivel cultural e intelectual que podamos alcanzar; a través del principio de publicidad de la actividad parlamentaria este nivel se proyectará sobre la ciudadanía, para bien o para mal. Pues bien, la noción básica de que *existe una obra de creación intelectual en cada intervención parlamentaria* y de que esta obra es protegible en Derecho, deberá contribuir a mejorar al menos algunas de ellas, lo cual sería muy positivo. Ello no significa que se vaya a «comerciar» inmediatamente con tales obras;

probablemente, tal cosa nunca sucederá con la mayoría de ellas; pero desde luego el reconocimiento de esta propiedad intelectual nunca las empeorará, esto es seguro.

El acceso a la cultura abre estas intervenciones a todos. Ya están en Internet (recuérdese: el Diario de Sesiones del Congreso está en www.congreso.es y el del Senado en www.senado.es) y sería deseable que hubiera más retransmisiones por televisión: al fin y al cabo, si se trata de mantener la audiencia, es necesario señalar que la reciente crisis de la Asamblea de Madrid fue la emisión más vista durante varios días en aquella Comunidad. No se opone a ello el derecho de autor de que aquí se habla; simplemente viene a darle a cada parlamentario el reconocimiento que merece como autor de sus propias intervenciones. Probablemente este reconocimiento nunca se convertirá en retribuciones económicas, pero eso no importa; como bien sabemos los profesores universitarios, nuestras publicaciones no dejan de tener su valor por el hecho de que no den dinero. Lo verdaderamente importante es que resulta de justicia el reconocimiento del derecho al que hemos dedicado estos minutos, y del que espero haberles convencido de que tiene al menos alguna fundamentación porque, en última instancia, no es sino una respuesta más al viejo principio que obliga a *«dar a cada uno lo suyo»*. ■

ESCRITOS E INFORMES FORENSES, SENTENCIAS Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Juan Cadarso Palau

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Alcalá de Henares
Abogado

1. Introducción

Los materiales con los que un proceso judicial comienza, se desenvuelve y culmina son la plasmación de una serie de operaciones intelectuales y discursivas que, en cuanto tales, presentan singular interés desde la perspectiva de los derechos de autor.

Trabajo intelectual y discursivo lo hay, en efecto, tanto en el escrito o en el informe oral en que el abogado pide una condena o una absolución, como en la sentencia con la que el juez o el tribunal deciden el litigio. Pero la peculiar naturaleza de tales trabajos, así como el marco o contexto en que esas operaciones se desenvuelven, donde confluyen o están en juego intereses plurales y de diverso orden (los singulares de los litigantes, los generales vinculados al proceso judicial), determinan la necesidad de una reflexión específica para discernir la posibilidad y el alcance de reconocer, sobre tales trabajos, ese derecho de monopolio que es la propiedad intelectual. La reflexión no es vana ni siquiera en el caso de las sentencias, excluidas del ámbito de la propiedad intelectual por declaración terminante de la ley, ya que no resulta indiscutible del todo la «ratio» de esa exclusión y su engarce en el sistema.

2. Escritos e informes forenses

2.1. Antecedentes legislativos. La Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y su Reglamento de 1880

En la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, la propiedad intelectual del abogado sobre los escritos forenses por él redactados venía a tener un reconocimiento indirecto y limitado. Lo primero, por aparecer contemplado sólo a través de una de las facultades del autor. Lo segundo, por una doble razón: por coexistir con la «propiedad» primariamente reconocida a la parte, y por estar supeditada en todo caso, junto con ésta, a la licencia o autorización del tribunal sentenciador para poder proceder a la publicación. A tenor del artículo 16:

«Las partes serán propietarias de los escritos que se hayan presentado a su nombre en cualquier pleito o causa, pero no podrán publicarlos sin obtener permiso del Tribunal sentenciador, el cual lo concederá, ejecutoriado que haya sido el pleito o causa, siempre que a su juicio la publicación no ofrezca en sí misma inconvenientes, ni perjudique a ninguna de las partes.

«Los letrados que hayan autorizado los escritos o defensas, podrán coleccionarlos con permiso del Tribunal y consentimiento de la parte respectiva».

Nos hallamos ante una fragmentaria e imperfecta previsión normativa, en la que de manera visible se entremezclan heterogéneos criterios de regulación, si bien parece que la preocupación predominante es la del control judicial sobre la divulgación de las actuaciones. La atribución a la «parte» de la propiedad de los escritos no se limita a serlo sobre el soporte material, sino que alcanza al contenido inmaterial incorporado al escrito mismo, pues es a la parte a quien se refiere la facultad de publicación y el poder de consentir al abogado el ejercicio de la facultad de colección, la cual, por su lado, presupone implícitamente el reconocimiento de la autoría de éste. No siendo oportuno ni útil entrar aquí en la exégesis de los variados pormenores que suscitaría la norma legal derogada, retengamos al menos de qué modo aparecen en ella amalgamados los derechos de la parte y del abogado sobre los escritos forenses, y también los diferentes planos de la propiedad intelectual, por un lado, y de la publicidad o reserva de las actuaciones judiciales, por otro.

Por su parte, el artículo 12 del Reglamento de la Ley, de 3 de septiembre de 1881, insistía en que quienes –partes litigantes o letrados– «quisieren utilizar el derecho que conceden los artículos 16, 17 y 18 de la Ley, acudirán al Tribunal sentenciador, que concederá o negará la licencia, atendiendo al interés público o de las familias, y a lo prevenido en el artículo 947 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal».

Aunque mantenida en vigor formalmente (D. Tr.6ª LPI 1987; el TRLPI 1996 derogó expresamente sólo los arts. 22 a 40), la transcrita norma reglamentaria, en la parte que hace referencia al artículo 16 LPI 1879 (de que ahora se trata), ha de estimarse ya ineficaz y de imposible aplicación, al haber perdido vigencia la norma legal desarrollada, en virtud de la derogación íntegra de la LPI 1879 operada por la disposición derogatoria de la LPI 1987.

2.2. La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (TRLPI 1996)

De la regulación vigente ha desaparecido disposición semejante a la del artículo 16 de la vieja LPI de 1879. Los «informes forenses» aparecen incluidos de modo expreso en la enumeración de heterogéneos supuestos de obras protegibles, como creaciones originales objeto de propiedad intelectual, en el apartado a) del artículo 10.1 TRLPI: «los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, **informes forenses**, explicaciones de cátedra y cualquiera otras obras de la misma naturaleza».

Aparte de la indicada, no parecen en el texto legal vigente más que otras dos puntuales alusiones a causas o procedimientos judiciales (dejemos ahora al margen la mención de las resoluciones jurisdiccionales, de la que se tratará luego), enunciadas a propósito de los límites de los derechos de autor, así: a) la que se incluye en el apartado 1 del artículo 31: «Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio, en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, en los siguientes casos: 1º. *Como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo*»; b) la del artículo 33.2: «Igualmente, se podrán reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones, *informes ante los Tribunales*, y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que esas utilizaciones se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad (...)».

Así pues, fragmentarias y circunstanciales referencias que, si bien pueden presuponer –como efectivamente presuponen la primera y la última de las citadas– la consideración de los informes forenses como creaciones intelectuales protegibles, no dejan de remitir a las disposiciones generales de la ley para el discernimiento de su tratamiento jurídico como tales, desde la atribución de la titularidad de los derechos de autor hasta las particularidades de su ejercicio y límites.

2.3. Los presupuestos de protección de los escritos e informes forenses en cuanto creaciones intelectuales. Ideas y obras. El requisito de la originalidad. Particularidades del informe oral

No será superfluo comenzar recordando la consabida distinción entre idea y obra, el delimitar el objeto de protección de la propiedad intelectual. Lo que con los derechos de autor se protege no son las ideas sino la concreta forma de expresión en la que esas ideas concebidas por el autor se reflejan en la creación, esto es, en la obra.

El artículo 2 del tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 20 de diciembre de 1996 consagra de forma expresa este principio que informa el régimen jurídico de los derechos de autor, al establecer que: «*La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí*».

El mismo criterio luce en nuestro TRLPI 1996, en cuyo artículo 1º se proclama que la propiedad intelectual se predica de las «*obras*». De manera más específica, el artículo 96.4 del mismo TRLPI, al regular el alcance de la protección de los programas de ordenador, dispone que: «*No estarán protegidos mediante derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualesquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces*».

De acuerdo con tales premisas, y por lo que hace al trabajo forense del abogado, parece claro que no será susceptible de protección, al amparo de los derechos de autor, un enfoque de la estrategia procesal a seguir en la reclamación o en la defensa, ni la idea de fundar esa reclamación o esa defensa en una determinada norma jurídica agudamente seleccionada, o en una acertada y eficaz combinación de normas. No es eso lo que se protege, sino la expresión formal en que el alegato plasme en el escrito o informe, que es lo que tendrá la consideración de obra protegida si reúne los requisitos necesarios para ello.

Y requisito para ello, conforme al artículo 10.1 TRLPI, es que se trate de una «*creación original*». Que los escritos o informes forenses son susceptibles, en abstracto, de constituir esa creación original protegible lo evidencia su misma inclusión dentro de la enumeración ejemplificativa que el propio precepto añade en su apartado a) [excusado será razonar que la literal alusión a los «*informes forenses*», que en su sentido estricto son alegatos orales, no excluye en modo alguno los alegatos formalizados por escrito, como resulta con toda evidencia, para no ir más allá del tenor literal, del carácter abierto de esa relación, y la misma inclusión expresa en ella de «*escritos*» cualesquiera, sin especificación].

Pero no basta, claro es, con que exista escrito o informe forense para que nos hallemos ante una obra protegida por el derecho de autor. Para

alcanzar ese umbral, es preciso que la obra sea original. El atributo de la originalidad resulta ciertamente problemático en un género tradicionalmente tributario del argumento de autoridad, en el que tanto peso tiene la «communis opinio»; un género en el que (y no sólo en el estricto ámbito forense, sino incluso en el más amplio de la literatura jurídica) las posibilidades de éxito o de adhesión tantas veces se cifran o condensan en un «esto que yo digo ahora vale porque ya está dicho por otros» (cuantos más, mejor); un género tan propicio, por cierto, al manejo y a la invocación de los tópicos (genuinos «lugares comunes», dicho sea sin connotación peyorativa alguna). Se comprende así que resulte escaso el margen de originalidad en esta clase de escritos o informes, y que por ello no se considere merecedor de protección «cualquier informe en el que se venga a decir lo que cualquier abogado diría en un caso similar» (R. Bercovitz, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed. Madrid, 1997, p. 172). Pero ello no excluye, desde luego, la posibilidad de singularidades relevantes en la construcción, en la disposición, en la combinación discursiva, cuyo grado de originalidad encaja sin esfuerzo alguno en el supuesto de hecho objeto de protección. Algunas de las operaciones en que la retórica clásica (no casualmente se habla de «arte retórica») descomponía la argumentación («inventio», «dispositio», «elocutio») son bien ilustrativas al respecto.

Tenemos, así pues, en lo tocante a la originalidad requerida, una gama de amplio espectro: desde el nivel ínfimo correspondiente a los simples escritos de trámite o «de cajón», hasta el propio de aquellos escritos en los que se advierte, para decirlo brevemente, la presencia de un estilo: «El estilo forense –escribió Hernández Gil, *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975, p. 188... no está exclusivamente en la forma ni en el fondo. Radica en la combinación de ambos. Cuando ante un escrito relativo a materia forense estoy en condiciones de decir quién es el abogado, ahí, en esa encrucijada, en la posibilidad de discriminar e imputar, radica la definición del ente indefinible que llamamos estilo.»

Una precisión final parece oportuna para el informe oral, como modalidad de expresión del alegato forense, cuyo interés parece robustecido por el refuerzo de la oralidad en la última gran reforma del procedimiento civil (digo «parece» por no contribuir a una falsa impresión, pasando por alto que, lamentable y paradójicamente, la oralidad ha quedado prácticamente sofocada en los momentos procesales –apelación y casación– en que el informe oral tuvo su mejor palestra). En el informe oral no sólo se esgrimen y ejercitan recursos que singularizan el alegato (entonación, gesto, pausas, cadencia, aportan un vigor que no alcanza el texto escrito), sino que se empeñan atributos personales –voz, imagen– que reclaman su propia protección con independencia de que el texto posea originalidad o carezca enteramente de ella: entra entonces en

juego, al margen de la propiedad intelectual, la protección del derecho a la propia imagen conforme a la L.O. 1/1982, de 5 de mayo (cfr. R. Bercovitz, *Comentarios cit.*, p. 171).

2.4. El alcance de la protección y sus límites

2.4.1. Titularidad y transmisión

Como quiera que, a tenor del artículo 5.1 TRLPI, se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica, es al abogado, en cuanto autor del escrito o del informe por él redactado o pronunciado, a quien corresponde la *titularidad* originaria de la propiedad intelectual sobre aquéllos (art. 1 TRPI), comprendidos los derechos morales y patrimoniales que la integran, sin perjuicio de la posibilidad de transmitir a terceros estos últimos.

Por lo que se refiere a la transmisión de los derechos de explotación, ha de tenerse en cuenta el régimen de cesión que corresponde al escrito o informe realizados por el abogado en virtud de una relación laboral: en defecto de pacto escrito, los derechos de explotación se entienden cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario (art. 51.2. TRLPI). Los escritos del abogado de la empresa podrán, así pues, ser utilizados por la propia empresa, copiándolos o reproduciéndolos en ulteriores procedimientos o litigios que a la misma puedan afectar (los escritos del abogado laboralista para ulteriores conflictos con el personal; a los del abogado que defendió a una empresa editorial o discográfica en pleitos sobre derechos de autor, para ulteriores litigios de la misma naturaleza; lo que no incluye la reproducción a otros fines: el alcance viene delimitado, según la norma, por «el ejercicio de la actividad habitual del empresario» en el momento de la entrega de la obra realizada –aquí, el de la realización del escrito o informe–). Mas allá de la estricta relación laboral, se ha planteado la posibilidad de extensión analógica de este régimen de cesión al caso de los funcionarios, y aun a otros supuestos en que la relación de sujeción o dependencia resulte mucho menos tangible, sino del todo desvanecida (mandatarios singulares, mandatarios societarios, cfr. Rodríguez Tapia, en *Comentarios Bercovitz, cit.*, pp. 839 y sigs). A mi entender, cuando la relación profesional del abogado con el cliente constituya un arrendamiento de servicios común, ajeno a la nota de dependencia, habrá que estar al régimen general que para la cesión marca al artículo 45 TRLPI: toda cesión al cliente deberá formalizarse por escrito. En defecto de cesión escrita, el abogado conserva íntegramente los derechos de explotación de sus escritos o informes. Cuestión diferente es que, concluida la relación profesional, el cliente no carezca de toda posibilidad de aprove-

chamiento ulterior del escrito: piénsese en la utilización para ulterior fase del pleito (p.ej., en vía de recurso) de las alegaciones formuladas en la instancia. Ahí no estaremos propiamente ante una explotación en sentido propio, sino dentro de los límites del aprovechamiento del trabajo originariamente concertado. Desde este punto de vista, la cuestión se presenta más bien como un límite al derecho de autor del abogado.

2.4.2 Límites. Los derechos e intereses de las partes. Honor e intimidad. Secreto profesional

Si la autoría del escrito o informe atribuye originariamente al abogado los derechos morales y –salvo cesión en los términos vistos– los derechos de explotación, la propia naturaleza de la actividad y la presencia de intereses ajenos pueden determinar un límite al derecho de divulgar o publicar la obra en que el escrito o informe consiste.

La restricción puede provenir aquí del necesario respeto a los derechos de la personalidad de las partes (singularmente, honor, e intimidad personal y familiar), ya que no sólo constituye intromisión ilegítima «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre», sino también «la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela» (L.O. 1/1982, art. 7º, núms. 3 y 4). El límite actúa sin necesidad de reconocer al cliente ninguna forma de titularidad o cotitularidad –más allá del soporte material– sobre el contenido del escrito, al modo como lo hacía, según vimos más arriba, la LPI de 1879, rara «división» del dominio que los intérpretes fundaban, precisamente, en la preservación de los «intereses privados» y de la «vida íntima» de las familias (añade a ello Rogel Vide, *Autor, coautores y propiedad intelectual*, Madrid, 1984, p. 73, que la justificación puede radicar precisamente en el contrato que vincula al abogado con la parte: lo que, fuera de la relación laboral, y como se dejó ya señalado, requeriría, más allá del círculo de protección legal de honor e intimidad, un pacto expreso y escrito, determinante así de un deber de reserva autoimpuesto –en tanto que convenido– por el propio autor).

Pero concurre también aquí el deber de reserva y confidencialidad que al abogado impone el secreto profesional que, más allá de todo convenio, le viene exigido legal y estatutariamente. En cuanto colaboradores que son de la Administración de Justicia, «los abogados deberán *guardar secreto* de todos los hechos o noticias que conozcan *por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*» (art. 437.2 LOPJ). En iguales términos, el artículo 32.1 del Estatuto General de la Abogacía Española (R.D. 658/2001). El Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea de 1998 establece en su artículo 2.3.1 que «*forma parte*

de la naturaleza misma de la misión del abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber, fundamental y primordial del abogado»; y en su artículo 2.3.2 que «el abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente que se refiera al propio cliente o a terceros en el marco de los asuntos de su cliente». Y según el Código Deontológico de la Abogacía Española (2002), «la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos, como reconoce el artículo 437.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial».

Se sigue de todo ello que el debido respeto a los derechos de la personalidad de las partes, así como la observancia del círculo de confidencialidad delimitado por el secreto profesional, pueden impedir el ejercicio de las facultades de divulgación y publicación que al abogado corresponden sobre sus escritos, o bien imponer una modalización consistente en despojar el texto objeto de utilización de toda referencia (datos personales, desde luego) que permita a los terceros identificar o reconocer el asunto y los sujetos implicados.

2.4.3. Reproducción y cita

Como autor, el abogado tiene el derecho exclusivo de reproducción de su escrito o informe, de modo que ningún tercero podrá hacerlo sin su autorización.

Nos hemos referido con anterioridad al caso de sucesión de varios abogados en la defensa de un asunto: no parece que el abogado autor de las alegaciones en primera instancia pueda impedir la reproducción total o parcial de esas mismas alegaciones por el abogado que le suceda en fase de recurso, y ello sin necesidad de aplicar lo prevenido el artículo 31.1º TRLPI, pues ese aprovechamiento bien puede considerarse secuela natural de la cesión primeramente hecha al cliente o patrocinado.

Por otro lado, no raramente hemos visto el caso de la sentencia que reproduce –incluso sin decirlo– pasajes enteros y fundamentales del alegato de un abogado: suele ser para acoger la posición por éste defendida. ¿Quién se quejará? ¿Qué abogado no aspira a tan halagadora forma de ver acogido su alegato? Más que por el deslumbramiento del juzgador, supuestos semejantes tal vez pueden ser explicados por la menos elegante razón de la comodidad, pero no dejarían de tener cobertura en el

artículo 31.1 TRLPI, a cuyo tenor: «Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización en los siguientes casos: 1º. Como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo».

En la misma norma mencionada puede encajarse la cita del escrito de un abogado en los alegatos de otros (como en general la cita de cualquier obra en los alegatos forenses, cfr. Carmen Pérez de Ontiveros, en *Comentarios Bercovitz*, cit., pp. 598 s.), subsunción que me parece menos forzada ahí que en el artículo 32 (que sólo autoriza la cita con «fines docentes o de investigación») y, desde luego, que en el artículo 31.2 (no es fácil identificar la actividad del abogado que cita la obra ajena en un escrito forense con el «uso privado del copista» ni, desde luego, será normalmente calificable como actividad no lucrativa; en contra, sin embargo, Rodríguez Tapia/Bondía Roman, *Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual*, Madrid, 1997, p. 166).

El artículo 31.1 exige, de todas formas, la previa divulgación del escrito que es objeto de reproducción o cita: esa divulgación puede considerarse producida desde el momento en que el registro es incorporado a las actuaciones judiciales, que son –aunque restringidamente– accesibles al público (arts. 235 LOPJ y 141 LEC).

Es lícita, en fin, sin autorización del autor, la reproducción con fines exclusivamente informativos de los informes ante los Tribunales (art. 33.2 TRLPI; en lo tocante a la reproducción de la imagen y la voz, captadas con ocasión de la emisión del informe en audiencia pública, se está fuera del supuesto de intromisión ilegítima, conforme al art. 8.2.a L.O. 1/1982).

3. Las sentencias

No son raras en nuestra literatura jurídica las quejas motivadas por la escasa calidad formal de las sentencias. Como escribió el profesor Díez-Picazo, «la sentencia como obra literaria es una realidad que decepciona notablemente» (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2ª ed., Madrid, reimpr. de 1979, p. 9). Y el profesor N. Pérez Serrano, años antes, enjuiciando la sentencia judicial «como género literario», había advertido de qué modo «prácticas de estilo han venido a modular de tal manera la redacción de los fallos que, en verdad sea dicho, poca galanura puede normalmente encontrarse en tales textos», señalando también la «pesadumbre inconsolable» de quienes por oficio han de leer repertorios jurisprudenciales, «ante la indigesta vestidura de esos fallos» (*Humoradas, doloras y greguerías jurídicas*, Madrid, 1960, pp. 199 s.).

Mas aunque, pese a notables excepciones (véase el libro *Las sentencias civiles de D. José Castán Tobeñas*, editado por el CGPJ, Madrid, 1990), el

panorama sea bastante desolador en términos generales, la sentencia es un producto jurídico que, con independencia a al margen de excesos o defectos (v. Díez-Picazo, «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», en Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, 1, 1997, pp. 208 s., a propósito de las «sentencias filosóficas» y de las «sentencias pro-forma»), es susceptible de albergar una construcción discursiva original. ¿Cabe por ello dispensarle la protección de los derechos de autor?

3.1 Exclusión positiva de las sentencias del ámbito de protección de la propiedad intelectual

3.1.1. *El artículo 13 TRLPI y sus antecedentes*

El artículo 13 TRLPI (sin variación alguna respecto del mismo ordinal de la LPI de 1987), bajo el rótulo «exclusiones», dispone: «*No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales (...)*».

El artículo 2.4 del Convenio de Berna ya dejaba reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial.

En nuestro Derecho interno, la LPI 1879 silenciaba la cuestión, por más que su artículo 17 contuviera una previsión (exigiendo permiso del tribunal sentenciador para la publicación de copias o extractos de las causas) que más hay que considerar atinente al régimen de publicidad de las actuaciones judiciales que a la propiedad intelectual (cuestiones que, en rigor, nada tienen que ver entre sí, como señalan Rodríguez Tapia y Bondía Roman, *Comentarios cit.*, p. 63). Esa misma norma se desarrollaba en el artículo 12 del Reglamento de 1880, cuya vigencia mantenida en bloque no contradice la necesaria pérdida de vigor de ese singular precepto, tanto por la derogación de los preceptos legales a que expresamente se remitía («*cuando alguna de las partes litigantes, o sus letrados, quisieran utilizar el derecho que conceden los artículos 16, 17 y 18 de la Ley...*»), como porque la disciplina entera de la publicidad de las actuaciones judiciales y de las sentencias, y del acceso a ellas, se encuentra ahora en una normativa de nueva planta.

3.1.2. *¿Excepcionalidad de la exclusión?*

Se ha discutido si la exclusión del artículo 13 TRLPI constituye o no una excepción en el seno del sistema. En sentido afirmativo responde R. Bercovitz (*Comentarios cit.*, p. 212). En contra, Rodríguez Tapia y Bondía Roman consideran que, «sencillamente, estamos fuera de la protección del derecho, conforme y no contrariamente a los principios inspiradores

de la Ley y la finalidad de la misma: la protección de la creación literaria, artística y científica» (*Comentarios cit.*, p. 65).

Bien miradas las cosas, la exclusión no obedece sólo –que también, y desde luego– a la razón de interés general que radica en la máxima publicidad y difusión de las sentencias (arts. 120.1 y 3 CE, 235 y 266 LOPJ, 141, 212 y 213 LEC): interés general que no sería compatible con el reconocimiento de monopolio alguno al autor o autores de tales resoluciones. Pero esto solo no desmentiría el carácter excepcional de la exclusión, en el seno del sistema de propiedad intelectual, si se entendiera que la sentencia, siendo «ab initio» apta como creación para ser considerada objeto de propiedad intelectual, no puede sin embargo gozar de esa protección porque chocaría con el interés público señalado.

Yo creo que se puede cuestionar esa aptitud inicial de la sentencia para alcanzar la consideración de creación apropiable y protegible. Y es que en la sentencia resulta inescindible lo que «dice» (aspecto en el que puede suscitarse la presencia de un discurso creativo) de lo que «decide» (potestad jurisdiccional que el juez tiene como órgano del estado, incompatible con cualquier matiz de apropiación). La sentencia es, así, inapropiable no sólo por su «destino» al dominio común (Desbois), sino también por su origen, como resulta del artículo 117.1 CE: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial».

3.2. El régimen de publicidad y acceso a las sentencias, y la cuestionable instauración de un monopolio de divulgación

Podría pensarse que, dada la insusceptibilidad de la sentencia para ser objeto de propiedad intelectual por razón del interés general en su difusión, por esa misma razón la sentencia debería tener la consideración de bien mostrenco accesible al común de los ciudadanos. No es así. La regulación de la publicidad de las sentencias, desde el punto de partida de la CE (art. 120) hasta las últimas disposiciones reglamentarias, ha pasado por un proceso de progresiva restricción que ha desembocado, en fin, en la instauración de un verdadero monopolio de divulgación en manos del Consejo General del Poder Judicial.


El proceso (muy bien descrito por C. Arangüena Fanego, en AA.VV., *Comentarios a la nueva LEC*, I, Madrid, 2000, pp. 912 ss.) se ha desarrollado mediante una progresiva reducción del concepto de «interés», como presupuesto del acceso a las sentencias, y a base también de una no menos artificiosa distinción entre actuaciones procesales en curso y actuaciones terminadas, lo que ha permitido alcanzar el siguiente punto de llegada: una cosa es que las sentencias sean públicas, y otra bien distinta que cualquier ciudadano pueda acceder libremente a ellas. Tal es la

base teórica sobre la que se ha establecido ese «estanco de sentencias» que es el CENDOJ, donde se expende la mercancía a tanto por copia de sentencia.

Por debajo del texto constitucional, el arco normativo tiene su punto de partida en la LOPJ, y su punto de llegada en una disposición de ínfimo nivel, como es el artículo 5 bis, introducido por el Acuerdo del CGPJ de 18 de junio de 1997 en el denominado Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales de 1995.

Así, mientras conforme a la legislación orgánica debía permitirse a «cualquier interesado» el acceso a los libros y registros judiciales y al texto de las sentencias (arts. 235 y 266.1 LOPJ, interpretado inicialmente con la mayor amplitud: el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 15 de noviembre de 1989 era favorable a que «cualquier ciudadano» pudiera examinar el texto de las sentencias depositadas en las secretarías de juzgados y tribunales), resulta que, al final del proceso indicado, la mencionada disposición reglamentaria (art. 5 bis, ap. 4, del Reglamento de Aspectos Accesorios) establece que: «salvo lo dispuesto en el artículo 266 LOPJ, *no se facilitarán* por los órganos jurisdiccionales copias de las resoluciones judiciales a los fines regulados en el presente artículo, sin perjuicio del derecho de acceder, en las condiciones establecidas a tal efecto, a la información jurídica de que disponga el Centro de Documentación Judicial del CGPJ» (el mismo Acuerdo de junio de 1997 que aprobó esa disposición, aprobó también la correspondiente «Instrucción sobre remisión de las resoluciones judiciales al CGPJ para su recopilación y tratamiento por el CENDOJ»). En el mes de diciembre de 1997, se adjudicó a «El Derecho Editores» el concurso convocado en mayo del mismo año para la elaboración y distribución de bases de datos de jurisprudencia. El sistema funciona así: los juzgados y tribunales remiten las sentencias al CGPJ, éste al CENDOJ, y éste a «El Derecho Editores», que expende a las editoriales jurídicas que lo soliciten, contra pago de su importe, las copias de las sentencias.

A la instauración de este sistema han contribuido una progresiva reducción legal del requisito legitimador del interés (del simple interés de la LOPJ, se pasa al interés «legítimo» de los arts. 141 y 141 LEC), una política abiertamente restrictiva marcada por el CGPJ (Acuerdos del Pleno de 6 de marzo de 1991, 12 de enero de 1994 y 17 de abril de 1996) y, en paralelo, una interpretación no menos restrictiva marcada por la Sala de lo contencioso-administrativo del T.S.: STS (3^a) 3 marzo 1995, y STS (Cont-Admto) 13 septiembre 2000 (esta última, rechazando el recurso interpuesto por el Colegio de Abogados de Barcelona contra el artículo 5 bis del Reglamento de Aspectos Accesorios, por entender –la Corporación recurrente– que tal disposición «restringía, arbitraria e ilícitamente, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales»).

Resultado: que las sentencias estén excluidas de la protección de la propiedad intelectual no significa que estén al alcance de todos los ciudadanos. Pese a la Constitución. 



NOTAS E

COMENTARIOS

VIOLACIÓN DE SECRETOS*

Cándido Conde-Pumpido Tourón

Magistrado de la Sala segunda del Tribunal Supremo

1. Introducción

Deseo comenzar agradeciendo al Instituto Gallego de Administración Pública, a D. Domingo Bello y muy especialmente al Director de este Curso, D. Carlos Rogel Vide, su amable y atenta invitación para pronunciar aquí esta conferencia, que además del grato honor de poder dirigirme a todos ustedes, me proporciona dos grandes satisfacciones personales.

En primer lugar la de encontrarme en Tui, ciudad con la que tengo viejos lazos familiares, pues mi abuelo fue el Juez de Primera Instancia e Instrucción de este Partido Judicial en la época de la Segunda República. Y en la provincia de Pontevedra, donde mi padre ejerció de Fiscal de la Audiencia Provincial durante largos años y donde residí de niño.

Dicen que «*no tenemos otra patria más que nuestra propia infancia*». Mi infancia transcurrió en Pontevedra, y por muchos años que resida en Madrid ejerciendo en el Tribunal Supremo, aquí es donde siempre me encontraré en mi tierra.

En segundo lugar la satisfacción de reencontrarme con el ilustre profesor D. Carlos Fernández-Nóvoa, que fue uno de los maestros que de forma más impactante me hizo participar del placer por el estudio de las cuestiones jurídicas cuando se abordan con rigor y calidad técnica. Y con tan buenos compañeros de la Universidad de Santiago, hoy figuras destacadas en sus respectivos ámbitos.

* Conferencia pronunciada en las «Jornadas sobre leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual», que tuvieron lugar en la EGAP en los días 22 y 23 de septiembre de 2003.

Me han encomendado hablar del descubrimiento y revelación de secretos. Debo comenzar aclarando que los tipos delictivos que en el Código Penal de 1995 se acogen bajo este epígrafe (capítulo primero del Título X) tutelan como bien jurídico la intimidad privada, por lo que no abarcan los supuestos que aquí nos ocupan, que son los que tienen por objeto la tutela del interés público en el mantenimiento del deber de reserva respecto de determinados datos y actuaciones de carácter oficial.

Por ello será necesario espigar otros apartados del Código Penal, como los delitos contra la Administración Pública (título XIX) o los delitos contra la Administración de Justicia (título XX), que es donde se encuentran tipificadas estas violaciones del deber de secreto o reserva.

Me centraré en el ámbito de la Administración de Justicia y en el de la responsabilidad penal, que constituyen mi especialidad como Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin perjuicio de una breve referencia final a ilícitos administrativos.

Dado que en el ámbito jurisdiccional rige el principio general de publicidad, necesitaremos analizar como pórtico este principio para delimitar el marco del secreto en esta materia, que tiene carácter excepcional.

Pero previamente debemos efectuar, dado el objeto específico de estas jornadas, unas someras observaciones sobre el art. 13 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el RDL 1/1996, de 12 de abril, su fundamento y sus consecuencias, desde una perspectiva judicial.

2. Una breve pincelada sobre el art. 13 LPI, su fundamento y sus consecuencias desde la perspectiva judicial

1) La perspectiva jurisdiccional

Para definir el derecho dicen unos *«El Juez, más la norma más el hecho, esto es lo que yo entiendo por derecho»*, y dicen otros *«¿Qué es derecho? La decisión de un Juez sobre un hecho»*.

Lo que tienen en común estas dos definiciones es situar al Juez, o más bien a los Tribunales de justicia, en el centro del concepto del Derecho, y la conciencia de que el Derecho se va construyendo con las decisiones jurisdiccionales, que aplican las normas a supuestos concretos.

Conscientes de que lo más relevante para el conocimiento del sistema jurídico efectivo de un país, del *«diritto vivente»* como le llaman los juristas italianos, es saber como aplican los Tribunales de Justicia las normas vigentes a los conflictos realmente existentes. Como decía Merlau-Ponty, *alguna vez hemos visto Tribunales sin Justicia, pero nunca Justicia sin Tribunales*.

2) Contenido del art. 13

Desde esta perspectiva judicial y reordenando el art. 13 de la Ley de Propiedad Intelectual, podemos observar que éste establece:

No son objeto de propiedad intelectual:

1º. *Las disposiciones legales y sus correspondientes proyectos*, es decir los actos del Poder Legislativo.

2º. *Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales*, actos del Poder Judicial.

3º. *Las disposiciones reglamentarias, actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos*, actos del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, lo que hace el Legislador a través de este precepto es **excluir** del ámbito de la propiedad intelectual, como Institución de derecho privado, los **actos de los tres Poderes del Estado**, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

3) Fundamento de la exclusión

Los actos de los poderes públicos se excluyen de la propiedad intelectual porque, por su propia naturaleza, **no pueden ser objeto de apropiación individual**.

Una Ley, una sentencia, una resolución administrativa son actos del Poder Público.

Como obras lingüísticas (literarias, artísticas o científicas dice la LPI) tienen autores (por ejemplo el Magistrado Ponente que redacta la sentencia en un Tribunal colegiado, o el Juez de un Juzgado unipersonal).

Si atendiésemos exclusivamente al artículo 10 de la LPI las sentencias, y otros actos de los Poderes Públicos, podrían hipotéticamente incluirse como objeto de la propiedad intelectual, pues son producciones o creaciones originales expresadas a través de un soporte escrito.

Sin embargo no puede deslindarse, por ejemplo en una sentencia, la fundamentación (donde existe un proceso creativo) del fallo (ejercicio de la potestad jurisdiccional que el Juez detenta como Poder del Estado). Por tanto el documento conjunto que constituye la sentencia es incompatible con la posibilidad de apropiación.

Por ello el Legislador tiene que establecer expresamente en la Ley una exclusión específica, para evitar que un particular pretenda atribuirse derechos patrimoniales y morales sobre lo que constituyen actos de los poderes públicos, expresión de la soberanía popular, privatizando con ello lo que **por su origen, función y naturaleza** no puede ser privatizado.

Naturalmente existen razones de interés público que avalan esta exclusión. El reconocimiento de derechos de propiedad privada sobre las leyes o las sentencias, por ejemplo, además de ser incompatible con su

naturaleza, limitaría su conocimiento público, sus posibilidades de publicación, evolución, modificación etc, es decir, contravendría el interés general.

Pero lo que me interesa destacar es que cuando se expresa que el fundamento de la exclusión consiste únicamente en el interés público en la publicación de las leyes, sentencias y actos administrativos, para facilitar su conocimiento general, se está convirtiendo el efecto en causa.

Lo relevante no es para qué sirve o qué utilidades reporta la exclusión, que evidentemente son muchas, sino la razón básica que la fundamenta. Y esta razón es su propia naturaleza de actos de los poderes públicos. En un Estado social y democrático de derecho, como el que establece nuestra Constitución, las leyes, sentencias etc., son actos de soberanía que emanan del pueblo español y que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de apropiación individual, no pueden ser objeto de propiedad privada. Y es claro que la propiedad intelectual es propiedad privada, por lo que los actos de los poderes públicos, sencillamente, están excluidos de su objeto.

A mi entender esta exclusión es de aplicación necesaria, aun cuando la Ley no la estableciese expresamente, por la propia naturaleza de estos actos públicos. Pero es claro que acierta el Legislador al excluirlos de modo expreso para solventar cualquier duda interpretativa y para evitar cualquier veleidad privatizadora sobre lo que constituye la esencia o el núcleo de la expresión de la voluntad general.

La idea de que el fundamento de esta excepción se encuentra en el interés público porque los textos alcancen la máxima difusión posible procede de Bercovitz, gran maestro en esta materia [Bercovitz Rodríguez-Cano, R. «Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual» Art. 13.-2ª ed. 1997, pág. 212].

Sin embargo el propio Bercovitz apoya esta afirmación en una cita de P. Marchetti y L.C. Ubertazzi, en *Commentario breve alla legislazione sulla proprietà industriale e intellettuale*, [Padua, 1987, pág. 541] que lo que señalan como primer fundamento de la exclusión es «la incompatibilidad entre la esfera del derecho público, donde se desarrollan estas actividades oficiales, y el nacimiento de relaciones de derecho privado derivadas de dicha esfera pública», es decir la naturaleza pública de estas actuaciones, que las inhabilita para ser objeto de apropiación privada, más allá del interés en su difusión.

4) Derecho comparado

En el ordenamiento comparado la exclusión se encuentra generalizada. Así el párrafo 5º de la Ley alemana de Derechos de Autor de 1965 excluye las «obras oficiales». El art. 5 1 a) de la Ley Federal suiza sobre de-

recho de autor y derechos vecinos excluye «las leyes, ordenanzas, acuerdos internacionales y otros documentos oficiales». En sentido similar el art. 10 de la Ley francesa de 17 de julio de 1978, el art. 5º de la Ley italiana y el art. 7º de la Ley portuguesa.

El art. 8 2º de la Ley portuguesa establece, además, que la incorporación de obras protegidas en los textos oficiales no protegidos se puede realizar sin necesidad de consentimiento del autor y sin que ello le confiera derecho alguno en el ámbito de actividad del servicio público de que se trate.

El Convenio de Berna reserva a las legislaciones de cada país la facultad de establecer la naturaleza de la protección procedente para los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, lo que indica que quedan excluidos de la protección establecida por el propio Convenio.

Este consenso internacional ratifica que la exclusión no responde a una decisión discrecional del Legislador español, sino a la razón básica de que estos actos públicos no son susceptibles de apropiación privada.

5) Ambito de la exclusión: derechos patrimoniales y morales

La exclusión abarca obviamente tanto los derechos patrimoniales como los morales.

En primer lugar porque así se deduce claramente de la norma. Los derechos morales derivan de la propiedad intelectual, y si ésta se encuentra excluida carecen de sustento alguno.

En segundo lugar porque resultan incompatibles con el carácter público de las Leyes, sentencias y actos administrativos.

Analizando los derechos morales relacionados en el art. 14 podemos comprobar fácilmente que son incompatibles con la autoría material de una Ley, una sentencia o una resolución administrativa, por parte de un Diputado, Magistrado o Autoridad.

Así por ejemplo es claro que el ponente de una sentencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional o de cualquier otro Tribunal:

- No puede decidir si su obra ha de ser divulgada y en que forma.
- No puede modificar la obra (aun cuando el transcurso del tiempo le lleve al convencimiento de que determinadas argumentaciones incluidas en su resolución eran erróneas, no puede exigir la modificación de la sentencia en nuevos repertorios jurisprudenciales, como podría hacer cualquier otro autor en futuras ediciones de una obra jurídica).
- No puede retirarla del comercio.
- No puede impedir su modificación (contravendría la esencia misma de la soberanía parlamentaria sostener que el Diputado que ha logrado la aprobación de una Ley cuyo texto ha sido íntegramente

redactado por el mismo pudiese en el futuro impedir su derogación o reforma).

■ No puede exigir el reconocimiento de su condición de autor. Por ello la publicación de los nombres de los ponentes de las sentencias comentadas, citadas o reproducidas en los trabajos jurídicos constituye una decisión libre del autor. Este puede incluir el dato si estima que resulta útil para el lector, pero el Magistrado ponente no es titular de un derecho al reconocimiento de su condición de autor que le faculte para exigir legalmente la publicación de su nombre.

6) Carácter recíproco de la exclusión

La exclusión es total y funciona en forma activa y pasiva:

a) Las leyes, sentencias etc. no generan para sus autores individuales derechos de propiedad intelectual. Interés público en difundir su conocimiento.

b) La confección de las leyes, sentencias etc. no está restringida por la propiedad intelectual de las aportaciones que incorpora. Interés público ínsito en el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Por ello ni las leyes, ni las sentencias ni las resoluciones administrativas están obligados por la LPI a citar los nombres de aquellos autores que hayan efectuado aportaciones jurídicas o científicas utilizadas en la confección de la ley o en la fundamentación del fallo de una resolución judicial o administrativa.

Esta materia es ajena a la aplicación de la LPI.

7) Exclusión del derecho de cita

La exclusión de los actos de los poderes públicos de la aplicación de la LPI implica que no resulte aplicable la regulación relativa a las citas.

Pero en cualquier caso basta examinar la norma reguladora del derecho de cita (art. 32 LPI) para constatar que es ajena a las Leyes, sentencias y resoluciones administrativas.

La cita es la inclusión *en una obra propia* de un fragmento de obra ajena con fines docentes o de investigación.

Las Leyes, sentencias y resoluciones administrativas:

1º. No son obra propia.

2º. No persiguen fines docentes ni de investigación.

8) ¿Deben incluir las sentencias citas doctrinales?

No existe un derecho de cita o a ser citado, al encontrarse las sentencias excluidas de la LPI. Por tanto las citas no son legalmente procedentes ni necesarias.

En cualquier caso ¿Son convenientes? A nuestro entender, no, porque suplantando la motivación razonada por el argumento de autoridad.

Las sentencias no deben apoyarse en nombres propios, ni de autores ni de ponentes de sentencias anteriores. Deben motivarse exclusivamente sobre la base del sistema de fuentes del derecho. Puede y debe documentarse el Juzgador acudiendo a la doctrina científica, o apoyarse en los precedentes jurisprudenciales, pero para motivar no puede sustituir la argumentación razonada por la invocación de una autoridad que supuestamente fundamenta su fallo.

El argumento de autoridad constituye ordinariamente el recurso del mal Juez para evitarse argumentaciones propias y no asumir la responsabilidad de su decisión.

Ni el Tribunal Supremo, ni el Tribunal Constitucional ni el de Luxemburgo (Unión Europea) ni el de Estrasburgo (TEDH, Consejo de Europa) citan autores como fundamento de sus resoluciones, sino que las argumentan en derecho.

Las resoluciones judiciales deben ser debidamente motivadas porque son fruto de la aplicación razonable y razonada del Derecho y no de la arbitrariedad del Poder. La motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer cuales son las razones que sirven de apoyo a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

La motivación ha de ser, pues, la suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso y la naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, siempre atendiendo a que la motivación no es un requisito formal sino un imperativo de la razonabilidad de la resolución (STS Sala 2ª, de 26 de febrero de 1997, núm. 240/1997, entre otras muchas).

3. El principio de publicidad de las actuaciones judiciales y sus limitaciones

1. Proclamación constitucional y legal

La Constitución Española proclama, como norma general, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, al disponer en el art. 120.1 que *«las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»*.

Este principio se reitera en el art. 232 de la LOPJ, cuyo párrafo primero transcribe literalmente el art. 120.1º de la Constitución Española.

2. Fundamento

El principio de publicidad está vinculado al derecho fundamental a un proceso *público*, garantizado en el art. 24.2 de la Constitución Española, en concordancia con los arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Pero tiene además otra vertiente, diferente de su integración en el derecho de las partes a un «juicio justo», que es la de asegurar la transparencia de la Administración de Justicia, es decir, contribuir al control de las actuaciones del Poder Judicial por parte de la opinión pública (vid. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1983, caso Axen; 22 de febrero de 1984, caso Sutter y 22 de mayo de 1990, caso Weber, y también del Tribunal Constitucional, sentencia 176/1988, de 4 de octubre, entre otras).

Conviene resaltar esta doble faceta del principio de publicidad, como derecho de las partes a que el juicio se celebre ante el público y como derecho del público a contemplar como se administra la justicia (*«Justice must be done and must be seen to be done»*), para comprender adecuadamente el relevante papel que el principio de publicidad juega en el momento del juicio oral, así como la trascendencia de la presencia en el juicio de los medios de comunicación social.

3. Reconocimiento Jurisprudencial

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 96/87, de 10 de junio, resalta esta doble faceta del principio de publicidad, señalando que:

«El principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 de la Constitución tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El art. 24.2 de la Constitución ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo».

La relevancia constitucional del principio de publicidad no solamente permite el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sino que también conlleva la posibilidad de utilizar la vía del art. 5. 4º de la LOPJ (*«En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional»*), a los efectos de interponer un recurso de casación por vulneración del principio de publicidad, así como la necesidad de que las decisiones judiciales que limiten la publicidad se adopten respetando el

principio de proporcionalidad, en forma motivada y con invocación de un bien o interés constitucionalmente relevante que legitime dicha restricción.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas resoluciones (sentencia Pretto y sentencia Axen, ambas de 8 de diciembre de 1983, y sentencia Campbell y Fell, de 26 de junio de 1984, entre otras), ha declarado que:

«la publicidad del procedimiento ante los órganos judiciales prevista en el art. 6, párrafo 1º, protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapa al control del público; constituye también uno de los medios de promover la confianza en los Tribunales. Y, por la transparencia que da a la Administración de Justicia ayuda a realizar el fin del art. 6. 1º, o sea, el proceso justo».

Asimismo la Sala Segunda del Tribunal Supremo resalta en su jurisprudencia la relevancia del principio de publicidad. Por ejemplo la sentencia 1646/94, de 16 de septiembre señala que la finalidad del principio de publicidad :

«consiste en evitar una justicia secreta, que, por serlo, escapa al control social que, sin duda, en un Estado Democrático como el nuestro, es muy importante... Todo acto, por el hecho de ser público alcanza una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión de la que están carentes los que se realizan privadamente y sin publicidad».

Y la Sentencia 168/95, de 14 de febrero recuerda que:

«El derecho a un proceso público se caracteriza, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H), a través de un elemento positivo: el consistente en ser uno de los medios de promover la confianza del pueblo en los Organos Judiciales, y de otro de carácter negativo, que radica en evitar el secretismo en la dispensa de Justicia...».

4. Antecedentes históricos

El principio de publicidad se incorporó al proceso moderno por el pensamiento liberal como medio de control de la actividad jurisdiccional por parte de la comunidad. Basta recordar tres citas célebres para mejor comprender sus raíces.

Beccaria reclamaba la publicidad de los juicios, en «*De los Delitos y las Penas*», exclamando «sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las presiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos».

Mirabeau, en un famoso discurso ante la Asamblea Nacional Francesa, afirmaba «Dadme el Juez que queráis, parcial, corrupto, incluso mi

enemigo, poco me importa, con tal que nada pueda hacer sino en presencia del público».

Y Bentham (Tratado sobre las Pruebas Judiciales), declaró que «la publicidad es el alma de la Justicia», no sólo porque «es la más eficaz salvaguardia del testimonio», asegurando su veracidad gracias al control del público, sino sobre todo porque favorece la probidad de los Jueces actuando como freno de un poder del que tan fácil es abusar, permite el desarrollo de una opinión pública que de otro modo tendría que ser «muda e impotente frente a los abusos de los Jueces», fundamenta la confianza del público en la Justicia y refuerza la independencia de los Magistrados, acrecentando su responsabilidad social y neutralizando los vínculos jerárquicos y el espíritu de cuerpo.

La influencia y vigencia de esta doctrina clásica en el momento actual puede rastrearse fácilmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional o de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así es paradigmática la concreción por el Tribunal Constitucional de las dos finalidades a las que responde el principio de publicidad:

1º) Proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público.

2º) Mantener la confianza de la Comunidad en los Tribunales (S.S. T.C. 96/87, de 10 de Junio y 65/92, de 29 de Abril).

5. Publicidad externa e interna

La publicidad procesal equivale a la posibilidad de percepción de las actuaciones verificadas por y ante el Tribunal por personas que no forman parte del mismo.

Se suele diferenciar entre publicidad externa (también denominada absoluta o completa) que conlleva la posibilidad de que conozca de las actuaciones cualquier miembro de la comunidad –con las naturales limitaciones derivadas de la capacidad de la Sala y de la ordenación y seguridad del acto en los casos de asistencia a juicio– y publicidad interna (relativa o media) que alcanza únicamente a las partes.

La publicidad en sentido propio a que se refiere el art. 680 de la Lecrim., y que aquí nos interesa, es la publicidad externa, absoluta o completa, es decir la publicidad entendida en su correcta significación de publicidad para terceros, como medio de control de la actividad jurisdiccional por parte de la Comunidad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar en la Sentencia 176/88, de 4 de Octubre, que el principio de publicidad, en sentido propio, se refiere a la publicidad externa («la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la Justicia por la Comunidad»), mientras que la

publicidad para las partes se encuadra, más bien, en el derecho de defensa del justiciable. Pero esta publicidad externa también interesa a las partes procesales en la medida en que les protege «de una justicia sustraída al control del público» (S.T.C. 96/87).

Así el principio programático de publicidad externa (art. 120.1 de la C.E), que para el Tribunal Constitucional «ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que lo convierte en una de las condiciones de la legitimidad de la Administración de Justicia» (S.T.C. 96/87), se configura para las partes como un derecho fundamental (derecho a un proceso público, art. 24.2 de la C.E). Mientras que la publicidad interna de las actuaciones judiciales, o publicidad para las partes, no deriva, paradójicamente, del principio de publicidad, sino del derecho a un proceso con todas las garantías (incluida la posibilidad de contradicción) y de la proscripción de la indefensión.

La publicidad está estrechamente vinculada a la oralidad, que la facilita y garantiza.

6. Publicidad mediata e inmediata

La doctrina suele también distinguir entre publicidad inmediata y mediata. La publicidad inmediata consiste en la asistencia personal o física del público a las actuaciones judiciales, mientras que la mediata se realiza por la vía de algún medio de comunicación (prensa escrita y gráfica, radio, televisión, etc.). El art. 680 Lecrim. posibilita en el acto del juicio oral ambos tipos de publicidad, si bien las naturales limitaciones de espacio y las características de nuestra sociedad actual en la que la información se transmite y adquiere habitualmente a través de los medios de comunicación social dan cada vez mayor relevancia a la publicidad mediata. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar en su sentencia 30/82, de 1 de Junio que:

«el principio de publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (art. 120.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc. están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural, desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social».

En consecuencia el principio de publicidad vigente durante el juicio oral incluye la publicidad mediata, lo que implica el derecho de acceso

de los medios de comunicación, siempre que el juicio no se celebre a puerta cerrada, derecho que se refuerza especialmente en virtud del reconocimiento constitucional del derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d, CE). Es por ello por lo que los profesionales de los medios de comunicación, en el ejercicio de sus funciones informativas, gozan de un derecho preferente para asistir a las sesiones del juicio, dentro de las limitaciones derivadas de los condicionamientos impuestos por el espacio, el orden y la seguridad. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 30/82, de 1 de Junio, al señalar que:

«no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social al asistir a las sesiones de un juicio público gozan de un privilegio gracioso y discrecional sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado. En conclusión, cabe decir que el derecho de información no depende de la acreditación y que ésta no es sino un medio de organizar el acceso a la Sala» (STC 30/82).

Siendo incuestionable el derecho preferente de los medios de comunicación a acceder a la Sala para desarrollar libremente su labor informativa, corresponderá al Juez o Presidente del Tribunal, dentro de sus competencias de policía de estrados (art. 684 Lecrim. y concordantes de otras normas procesales), adoptar las medidas procedentes para hacerlo compatible con el mantenimiento del orden durante las sesiones y el respeto, en su caso, al derecho a la propia imagen y a la seguridad de los intervinientes en el acto.

7. Formas acentuadas de publicidad: grabaciones audiovisuales

No disponemos en España de regulación normativa de las formas acentuadas de publicidad (micrófonos para retransmisiones radiofónicas, cámaras de televisión, fotografías), frente a lo que sucede en algunos países de nuestro entorno en los que las normas procesales no permiten los aparatos de registro y transmisión, por entender que pueden afectar a la serenidad de los intervinientes en el acto o provocar la teatralización de sus manifestaciones.

En nuestro Ordenamiento su regulación en cada supuesto concreto depende del buen criterio del Juez o Tribunal (como decisión colegiada de la Sala, y no personal del Presidente), oyendo a las partes, respetando en su caso las limitaciones razonables solicitadas por los intervinientes en el juicio (acusado, testigos, peritos, letrados, etc.), ponderando las circunstancias de cada caso, y tratando de conciliar el máximo de facilidades a la labor informativa con la necesidad de evitar la conversión del

juicio en mero espectáculo. Debe respetarse, en todo caso, el núcleo esencial del derecho a la información y del principio de publicidad, reconociendo el derecho preferente de los medios de información al acceso a la Sala en condiciones de poder realizar dignamente su misión informativa.

La resolución del Consejo General del Poder Judicial de 7 de febrero de 1996, dictada para resolver varios recursos interpuestos frente a un Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre «Acceso de los Medios de Comunicación Social al Palacio de Justicia» (Acuerdo de 12 de Septiembre de 1995, modificado el 25 del mismo mes y año, y ratificado el 5 de octubre), reconoce la posibilidad de establecer limitaciones específicas a la publicidad mediata de los actos judiciales, en función de la naturaleza de determinados medios, al señalar que «esa publicidad no significa que, en términos generales, haya de comprender necesariamente determinados medios técnicos (vídeo, TV, fotografía), cuya utilización, que efectivamente puede enriquecer la información, debe atenderse al respeto de otros derechos igualmente dignos de respeto (honor, intimidad) cohonestando el derecho a la información y su difusión libre con ese otro conjunto de derechos asimismo constitucionales».

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 7^a) de 9 de julio de 1999, confirma este criterio. Estima, en síntesis, la Sala Tercera en esta resolución, que no se vulnera el derecho fundamental de comunicar o recibir libremente información veraz por el hecho de haberse prohibido el acceso al interior del Palacio de Justicia (sede del Tribunal Supremo) con cámaras fotográficas, videográficas o de televisión, cuando se somete a los periodistas a las normas generales de seguridad de dicho Palacio, por no tratarse de un derecho absoluto. Por el contrario, a su juicio, dicha restricción encuentra plena justificación en el deber de asegurar a todos los que participan en los actos procesales, que sus cometidos podrán desarrollarse sin presión, en aras a conseguir el fin específico del proceso. Queda así establecido que, satisfecho suficientemente el derecho de información de la prensa escrita por las respectivas Salas, el debido cumplimiento por el Tribunal de sus ordinarias tareas no aconseja extender la publicidad más allá de lo necesario, constituyendo aquélla una razonable prevención en respuesta a la preocupación generalizada en los países que responden a una tradición jurídica y democrática análoga a la que sustenta nuestra Constitución.

La norma general, en los países de nuestro entorno admite los medios de grabación audiovisual de forma bastante restrictiva, con autorización en todo caso del Tribunal, (Francia, Leyes de 2 de febrero de 1981, 11 de julio de 1985 y 13 de julio de 1990; Alemania, párrafo 169 de la Ley Orgánica de los Tribunales; Italia, art. 114 y 115 del Código de Procedimiento Penal; Portugal, art. 86 a 88 del Código del Proceso Penal).

8. Publicidad y Juicios Paralelos

En la doctrina internacional se alerta, cada vez con mayor frecuencia, acerca de los peligros que para el derecho a un juicio justo pueden proceder de una publicidad desmedida de los procesos por delitos que genere un «juicio paralelo», carente de las garantías propias del proceso penal. Es lo que en los EE.UU. se ha denominado la guerra entre la Primera enmienda (libertad de expresión) y la Sexta (*fair trial*, derecho a un juicio justo).

Se entiende por Juicio Paralelo el conjunto de informaciones aparecidas en los medios de comunicación a lo largo de un período de tiempo sobre un asunto *sub iudice* a través de las cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad del comportamiento de personas implicadas en los hechos enjuiciados desde el punto de vista legal o ético.

Esta excesiva publicidad puede dar lugar a Juicios ventilados en los mass media, voluntariamente ajenos a las mínimas garantías (presunción de inocencia, derecho de defensa, licitud de las pruebas, posibilidad de contradicción, igualdad de armas, imparcialidad etc.), es decir un proceso pre-beccariano, en el que se prestan testimonios (pagados), se evacúan dictámenes periciales (parciales), se formulan conclusiones acusatorias y se emiten veredictos públicos, sin posibilidad de contradicción. Todo ello supeditado a la finalidad esencial de ofrecer un espectáculo o un entretenimiento al público (o a los intereses de alguna de las partes) y no a la de hacer justicia, prescindiendo de los más elementales derechos de las partes (posibilidad de contradicción, igualdad de armas, imparcialidad, etc.) y perjudicando de modo relevante e irremediable el derecho al honor, a la propia imagen y a la presunción de inocencia de los afectados, además de presionar sobre el Tribunal o Jurado, condicionando su decisión y perturbando, con ello, el derecho de las partes a un juicio imparcial.

En relación con los juicios paralelos el Consejo General del Poder Judicial efectuó una declaración institucional, el 25 de Enero de 1995, que condenaba estos juicios públicos carentes de garantías y perjudiciales para la presunción de inocencia, así como para los derechos al honor y la propia imagen, reclamando una regulación legal limitadora. «El Consejo General del Poder Judicial quiere expresar sin embargo su criterio negativo acerca de los fenómenos de juicios paralelos, que no sólo pueden lesionar legítimos derechos, sino también contrariar la independencia del quehacer judicial y empañar la imagen social de la Justicia. El Consejo ha de recordar que, respecto de este fenómeno, existe en España, como en otros países, un vacío legal, que debe colmarse cuanto antes con normas que conciten un sólido y amplio consenso social y en las que se tutele el derecho al honor y el derecho a un juicio justo y se conjuren los riesgos de cercenar derechos fundamentales y libertades

–como la de información y opinión– de los que depende decisivamente el carácter genéricamente democrático de la vida política».

El Tribunal Constitucional, en el Auto 195/91, de 26 de junio, reconoce que:

«la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación, en la medida en que pueden interferir en el curso del proceso penal, y prejuzgar y perjudicar la defensa en el seno del proceso (dejando, pues, al margen la consideración de eventuales repercusiones en derechos sustantivos, como por ejemplo, al honor y los restantes del art. 18). Esta inicial protección, no obstante, se encuentra contrapesada seriamente. Externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 de la CE. Internamente la protección del acusado frente a los medios encuentra límites dentro del propio art. 24, porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5 del art. 24)».

En el caso examinado el Tribunal no apreció que se hubiese interferido el curso del proceso penal y perjudicado de modo relevante el derecho de defensa, pero admite la posibilidad de que pueda ocurrir en otros casos. Recuerda el Tribunal que:

«La preocupación ante el riesgo de que la regular administración de justicia pueda sufrir una pérdida de respeto, y que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de sentencia, o si las partes sufren un pseudo-juicio en los medios de comunicación ha sido considerada una preocupación legítima por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco del Convenio de Roma (STEDH, *Sunday Times*, 26 de abril de 1979)».

En esta resolución el Tribunal Europeo advierte de los peligros que representan los procesos en la prensa para la autoridad del Poder Judicial si se tratan con antelación los puntos de un litigio de una forma que condicione las opiniones del público, añadiendo que si el público se habitúa al espectáculo de un pseudo proceso en los medios de comunicación, pueden darse a largo plazo consecuencias nefastas para el prestigio de los Tribunales, como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos. Pero en esta misma sentencia el Tribunal Europeo destaca la importancia que tiene una opinión pública libre, vivificada por el nervio central de la libertad de expresión, ya que los Tribunales no pueden operar en el vacío y el ejercicio de la Justicia requiere la colaboración de un público ilustrado.

Más recientemente el Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 136/99 de 20 de julio, caso Mesa Nacional de Herri Batasuna, reitera el criterio de que:

«a pesar de que debe aceptarse, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican restricciones en la libertad de expresión de quien así actúe, y ello, en particular, cuando la declaración cuestionada se emita en términos tan absolutos que sus destinatarios tengan la impresión de que la jurisdicción penal no puede sino dictar una Sentencia condenatoria (caso Worm, 51 y 52), en numerosas Sentencias hemos destacado que el postulado que subraya la extraordinaria importancia de la opinión pública libre, dado el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, se aplica también en el ámbito de la Administración de Justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido. Es un parecer generalizado que los Tribunales no actúan en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre partes, para pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia respecto de una acusación penal, a pero esto no significa que, con anterioridad o al mismo tiempo, los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público en general. A condición de no franquear los límites que marca la recta administración y dación de justicia, las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal (art. 24.2 CE y art. 6.1 C.E.D.H.). A esta función de los medios se añade el derecho, para el público, de recibirlas, y muy especialmente cuando el proceso concierne a personas públicas [por todas, STC 46/1998 y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979 (caso Sunday Times, 65), 24 de febrero de 1997 (caso De Haes y Gijssels, 37) y de 29 de agosto de 1997 (caso Worm, 50)].»

9. Limitación de la publicidad

El principio de publicidad no establece un derecho absoluto, sino limitado por excepciones, limitación reconocida tanto en los Tratados Internacionales, como en nuestra Constitución y en la Legislación ordinaria, tanto Orgánica como procesal. Así el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé la existencia de excepciones al principio de publicidad cuando establece que:

«El acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la Justicia».

El art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece, asimismo, que:

«la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia».

El *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* de 1950, en su art. 10.2, se refiere a la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autonomía e imparcialidad del poder judicial, como fines que autorizan las restricciones de la libertad de expresión.

La Constitución Española (art. 120.1) también reconoce que el derecho a la publicidad de las actuaciones judiciales admite excepciones, remitiéndose a las que «prevean las leyes de procedimiento».

En la legislación ordinaria la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala como excepciones al principio de publicidad de las actuaciones judiciales, «razones de orden público» y de «protección de los derechos y libertades», remisión esta última que, al efectuarse genéricamente a los «derechos y libertades», permite dar acogida tanto al derecho a la intimidad, como al derecho a un juicio justo.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, por último, pese a su longevidad, da a este tema un tratamiento muy en consonancia con los textos modernos, al proclamar el mismo sistema: principio general de publicidad, con admisión de excepciones por razones de: a) moralidad, b) orden público, c) respeto debido a la persona ofendida y a su familia.

En la legislación especial también hay alguna referencia a la posibilidad de celebración de juicios a puerta cerrada y, en consecuencia, a limitaciones del principio de publicidad. Así en el art. 15.5 de la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, se establece que:

«El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal (se refiere al juicio oral) a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal».

El art. 35.2. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores dispone que: «El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación».

La LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, prevé la posibilidad de privar a las partes procesales y al público en general del conocimiento de determinados datos sumariales. Esta ley permite mantener oculta la identidad de algún testigo o perito, siempre que se aprecie por la autoridad judicial «*un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus descendientes, ascendientes o hermanos*» (art. 1.2).

La doctrina del Tribunal Constitucional, ratifica este carácter limitado del principio de publicidad. Así la sentencia 65/1992, de 29 de abril, señala que:

«la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una excepción del derecho a un juicio público que reconoce y ampara el art. 24.2 CE, derecho que tiene por finalidad, según tiene declarado este Tribunal (STC 96/1987), proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la Comunidad en los Tribunales. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, y así resulta de lo dispuesto al respecto por la Declaración de Derechos Humanos y por los Tratados Internacionales sobre esta materia suscritos por España, conforme a los que deben interpretarse los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional, por imperativo del art.10.2 de la propia Constitución Española. En efecto, del art. 29 en relación con el art. 10, ambos de la Declaración Universal, del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 6.1 del convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, se deduce que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de Audiencia durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes. Así lo ha declarado igualmente, este Tribunal en reiteradas decisiones (ATC 96/1981, SSTC 62/1982, 96/1987 y 176/1988), confirmando la validez de las excepciones al principio de publicidad del proceso establecidas en el art. 232 de la L.O.P.J. y en el art. 680 de la L.E.Criminal».

2. El secreto de sumario, su ámbito y protección

1) Limitación de la publicidad externa

El art. 120 de la Constitución Española admite excepciones a la publicidad de las actuaciones judiciales, remitiéndose a las que «prevean las leyes de procedimiento».

Una de estas excepciones es el denominado **Secreto del Sumario**, establecido con carácter general en el art. 301 de la Lecrim.: «*las diligencias*

del sumario serán secretas hasta que se abra al juicio oral con las excepciones establecidas en la presente ley».

Se establece así un límite general a la publicidad externa de las actuaciones sumariales, lo que conlleva la prohibición de la difusión y publicación de su contenido. Es un límite de contenido eminentemente procesal que, sin embargo, incide en otros derechos fundamentales (derecho a un proceso público, libertad de información). El secreto dura hasta el momento de apertura del juicio oral.

La constitucionalidad del secreto sumarial externo y su compatibilidad con los derechos fundamentales en que pueda incidir han sido reconocidos en la STC 13/1985 de 31 enero. Su objetivo es asegurar la protección del valor constitucional de la justicia.

Sin que podamos ahora profundizar en ello el secreto sumarial también puede encontrarse justificado en ocasiones por otros valores constitucionalmente relevantes como pueden ser el honor, la intimidad, la propia imagen, la protección de la juventud y la infancia, la realización de la justicia, la tutela judicial efectiva de las víctimas o perjudicados, el derecho a un proceso con todas las garantías o la garantía de un Tribunal independiente e imparcial.

2) Limitación de la publicidad interna

El secreto no afecta, en principio, a las partes personadas. El art. 302 Lecrim. les permite «*tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento*». Se trata, en consecuencia, de un límite a la publicidad externa, pero no a la interna.

El mantenimiento de la «*publicidad interna*» se considera un medio necesario para una defensa eficaz y una consecuencia del principio de *igualdad de armas*. Por ello se integra en el derecho constitucional de defensa (art. 24 CE).

Sin embargo, el art. 302 faculta al Juez para que, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes, declare también el secreto total o parcial del sumario *para todas las partes personadas*. Se trata de una medida excepcional, con restricción temporal.

Este secreto sumarial interno tiene por objeto *impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercitarlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad* (STC 176/1988).

La *Ley Orgánica Procesal Militar* es más explícita al determinar los motivos en los que ha de fundamentarse el secreto del sumario para las par-

tes: «por motivos fundados de orden público o de interés militar, de protección de personas y libertades, por razones de disciplina, o, en general, cuando así lo exija o resultare conveniente a la tramitación del procedimiento...» (art. 147.II).

Desde la perspectiva de este trabajo nos vamos a centrar en las cuestiones referentes al secreto externo, pues el interno afecta esencialmente al derecho de defensa, y es ajeno a la problemática de estas Jornadas.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 176/1988 recuerda que *«el secreto (interno) del sumario, mediante el cual se impide al imputado conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, pueda entrañar una vulneración del derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la Constitución»*.

3) Ambito del secreto externo. El secreto sumarial y la libertad de información

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 13/1985, de 31 de enero, (que declaró la improcedencia de que el Juez de Instrucción prohibiera la publicación de unas fotografías tomadas en el lugar de los hechos por un periodista), analiza el objeto, límite y ámbito del secreto sumarial externo en relación con el derecho a la libertad de información.

El ámbito del secreto sumarial externo se limita a las diligencias que lo constituyen, es decir los actos singulares que en cuanto acto formal complejo o procedimiento lo integran (art. 301 Lecrim., y STC 13/1985, de 31 de enero).

Este secreto implica, en consecuencia, la prohibición de transgredir la reserva sobre su contenido por medio «de revelaciones indebidas» (art. 301.2 Lecrim.) o a través de un conocimiento ilícito de la interioridad del sumario y su posterior difusión.

Pero el secreto del sumario no significa que uno o varios elementos de la realidad social queden excluidos de la libertad de información, (en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar), solo por el hecho de que sean objeto de unas determinadas diligencias sumariales (STC 13/1985, de 31 de enero).

En consecuencia el ámbito del secreto del sumario no abarca los hechos objeto del sumario, sino el contenido concreto de éste. Una información obtenida al margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial (STC 13/1985, de 31 de enero).

Pero este ámbito debe reducirse aun más. Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1020/1995, de 19 de octubre, señala que *«el secreto sumarial se circunscribe, por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como a los dictámenes periciales y demás documentos que se aportan a la causa,*

pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o a aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles. También carecen de esa consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos. Fuera de ese marco delimitador del secreto del sumario considerado como regla general o de primer grado, no puede extenderse, salvo que el propio órgano juzgador haya declarado expresamente secretas determinadas partes de las actuaciones».

En consecuencia, ha de estimarse que en principio, la publicación de resoluciones judiciales dictadas en el ámbito sumarial: resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o relacionadas con las responsabilidades civiles, autos de inhibición, informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos, etc., no queda afectada por el secreto sumarial genérico.

Por último debemos incluir una tercera restricción derivada de la propia naturaleza restrictiva del secreto sumarial. Este secreto no viene impuesto o exigido directamente por ningún precepto constitucional y, por ello requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta (STC 13/1985, de 31 de enero). En consecuencia, no cualquier dato abstracto e inocuo puede ser considerado secreto, sino únicamente aquellos en que la necesidad de reserva venga objetiva y razonablemente justificada para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia (STC 176 /88).

En la práctica, el régimen del secreto sumarial genérico o externo está enormemente relajado, hasta el punto de que es frecuente ver a los profesionales vulnerándolo públicamente, por ejemplo narrando a la salida del Juzgado y en presencia de las cámaras de televisión el contenido de las declaraciones sumariales de los testigos o imputados. Se encuentra muy extendida la idea de que el sumario sólo es secreto para terceros cuando existe una declaración expresa del Juez en ese sentido, olvidando que conforme a la Lecrim. las actuaciones judiciales sumariales son secretas en sí mismas, sin necesidad de previa declaración al respecto.

Esta concepción, que se ha criticado doctrinalmente, tiene en realidad bastante fundamento. La amplitud con la que el secreto genérico se encuentra establecido en la Lecrim., ya no es posible mantenerla en una sociedad regida por la libertad de información, concebida como un derecho constitucional básico. La doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo han limitado notoriamente el ámbito de dicho secreto genérico, que además procede de una concepción inquisitiva del sumario que hoy ya no se encuentra en vigor.

En realidad el secreto sumarial requiere hoy una nueva regulación en la que se tomen en cuenta otros valores constitucionalmente relevantes

como pueden ser el honor, la intimidad, la propia imagen, la protección de la juventud y la infancia, la realización de la justicia, la tutela judicial efectiva de las víctimas o perjudicados, el derecho a un proceso con todas las garantías o la garantía de un Tribunal independiente e imparcial, y en la que el secreto constituya la excepción, previa declaración expresamente motivada del Juez, y no la regla.

En definitiva, cuando la norma resulta imposible de cumplir, por su excesiva generalidad, la realidad se impone y la norma pierde efectividad. Si todo es secreto formalmente, nada es secreto materialmente, incluso lo que debería serlo.

Por ello en la doctrina y en la misma jurisprudencia se defiende la idea de que sea el Juez el que determine motivadamente el secreto, incluso externo, aplicando analógicamente el 302 de la Lecrim., en aquellos supuestos en que concurra materialmente la necesidad de mantener la reserva sobre determinadas y específicas actuaciones sumariales, es decir cuando la necesidad de reserva venga objetiva y razonablemente justificada para asegurar la protección de un valor constitucional.

El secreto sumarial debe ceñirse a sus justos límites, no actuando de modo genérico o automático: debe ser el Juez de instrucción quien, valorando las concretas circunstancias concurrentes en el caso y los distintos intereses en conflicto, decida qué aspectos de las actuaciones deben ser mantenidos en secreto.

Y a falta de dicha declaración en la práctica no rige la cláusula general de secreto sumarial ni resulta exigible la responsabilidad por su vulneración.

4. Protección del secreto sumarial

A) *Vulneración del secreto declarado judicialmente*

El propio Legislador penal ha comprendido esta nueva situación y por ello al sancionar penalmente la violación del secreto sumarial en el art. 466 del Nuevo Código penal se limita a condenar la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, es decir que la revelación del secreto sumarial genérico, no amparado por una declaración judicial expresa no se encuentra tipificado como delito.

El art 466 del Nuevo Código Penal, incluido en el título de los delitos contra la administración de justicia, distingue tres situaciones, sancionándolas separadamente:

1º) El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

El requisito de que la actuación procesal revelada haya sido «declarada» secreta «por la autoridad judicial», limita el ámbito de este delito a aquellos casos en que hay formulación expresa de secreto en los términos del art. 302 Lecrim., como ya hemos señalado.

El objeto de la revelación ha de ser el contenido de las actuaciones procesales. Como ya se señalado, no existe delito si se divulgan hechos conocidos a través de otra fuente, y no a través del proceso, aunque coincidan con los hechos investigados (STC 13/1985, de 31 de enero).

Si como consecuencia de la revelación se produjera perjuicio para «los intereses que le fueren encomendados» por el cliente, procedería la apreciación de un concurso de delitos entre éste delito de revelación de secretos y el previsto en el siguiente art. 467.2, (abogado o procurador que por acción u omisión perjudican de modo manifiesto los intereses que le fueren encomendados) puesto que habría una concurrencia de bienes jurídicos lesionados, uno público y otro privado.

2º) Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia se le impondrán las penas previstas para el delito de violación de secretos (art. 417) en su mitad superior (pena de multa de quince a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años).

Si de la revelación resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de dos a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a cinco años.

3º) Si la revelación fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, el art. 301. 3º de la Lecrim. se limita a imponer una multa disciplinaria, pero el nuevo Código Penal eleva la gravedad de la conducta a delito de *obstrucción a la Justicia* (art. 466.3) l, y lo sanciona con las penas previstas para los abogados y procuradores en su mitad inferior (multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a dos años y medio).

El Código Penal de 1995 ha trasladado la tipificación de estas conductas del ámbito de los *Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos* al ámbito de los *Delitos contra la Administración de Justicia*.

B) *Vulneración del secreto genérico*

Por el contrario el régimen de sanciones por el incumplimiento del deber genérico de secreto (no declarado expresamente por el Juez) sigue siendo el previsto en el art. 301 de la Ley procesal, que no califica como

delictiva la referida conducta cuando es realizada por abogados, procuradores o particulares, sancionandoles con una mera multa disciplinaria.

Según el art 301 de la Lecrim., el Abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, **será corregido con multa de 250 a 2500 pesetas**. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta.

La cuantía de la multa es tan ridícula que resulta suficientemente significativo de la escasa relevancia que se le concede a estas revelaciones cuando únicamente se vulnera el secreto genérico. Ha de tenerse en cuenta que recientemente el Legislador ha elevado sustancialmente la cuantía de las multas en la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado y su Ley Orgánica complementaria (LO 8/2002, también de 24 de octubre), y sin embargo esta multa no se ha tocado.

Las nuevas multas de la Lecrim. no solo se cuantifican en Euros, conforme a nuestra nueva unidad monetaria, sino que se elevan sustancialmente. El mínimo de la multa por incomparecencia al primer llamamiento en caso de citación judicial (arts. 175 y 420 de la Lecrim.), establecido por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas Urgentes de Reforma Procesal, en 5.000 ptas (Treinta euros), pasa a doscientos euros (más de treinta y tres mil ptas). El máximo pasa de 25.000 ptas (ciento cincuenta euros), a 5.000 euros (más de ochocientos cincuenta mil ptas).

Contrastan estas multas con el mínimo ridículo que se mantiene para el incumplimiento del deber de reserva en el art 301 (de 250 a 5000 ptas). Estas multas disciplinarias ni siquiera se actualizaron en la reforma de 14 de abril de 1955, y no tienen naturaleza de pena.

Sin embargo los funcionarios públicos que vulneren el secreto sumarial genérico incurrirán en la responsabilidad que el Código Penal señala en su lugar respectivo, es decir en el delito prevenido en el art. 417, violación de secretos.

Ahora bien la aplicación de este tipo delictivo choca con la necesidad de informar a la opinión pública sobre cuestiones de interés general, como suele ser la investigación de hechos delictivos relevantes.

Por ello las propias fuerzas policiales, el Ministerio Fiscal o el propio Juez, deben deslindar en cada caso las informaciones que puedan proporcionar a la opinión pública excluyendo aquellos datos en los **que la necesidad de reserva venga objetiva y razonablemente justificada para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia**.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981 atribuía a éste la facultad de «Informar a la opinión pública de los acon-

tecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario» (art. 4.5). La reciente reforma del Estatuto ha añadido a esta limitación «y en general a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados».

5. Ilícitos resultantes del menosprecio del carácter reservado o secreto de las deliberaciones, actos o informes

1) Ilícitos penales

Vamos a referirnos de modo sucinto a los ilícitos penales, tal y como se tipifican en el Código Penal de 1995.

Además de la vulneración del secreto de las actuaciones judiciales, tipificada como delito contra la Administración de Justicia en el art. 446, podemos hacer referencia como sanción penal de la vulneración del deber de reserva sobre deliberaciones, actos o informes oficiales, a otros cuatro grupos delictivos.

En primer lugar el art. 198 y concordantes, incluido entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en el Título X, relativo a los delitos contra la intimidad y la propia imagen.

En segundo lugar, ya entre los delitos contra la administración pública, los delitos de infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 y concordantes).

En tercer lugar, también entre los delitos contra la administración pública (Título XIX), los delitos de violación de secretos (art. 417).

Por último, en el capítulo IX del Título XIX, entre las negociaciones prohibidas a los funcionarios, el art. 442 sanciona el aprovechamiento lucrativo de secretos.

A) *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos*

El art. 198 sanciona a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley sin mediar causa legal por delito, y prevaleciendo de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Las conductas descritas en el artículo anterior, 197, son las siguientes:

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de

cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, **o en cualquier otro tipo de archivo o registro público** o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los aps. 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los aps. 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

B) *Delitos de infidelidad en la custodia de documentos*

El artículo 413 sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

El artículo 414 sanciona a la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos

respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.

Y el artículo 415 se ocupa de los documentos secretos al sancionar a la autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, con la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

C) *Delitos de violación de secretos*

El artículo 417 sanciona a la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, con la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Este precepto reproduce prácticamente, aunque con otra redacción, el ámbito de regulación del art. 367 del CP anterior. Puede encontrarse en relación concursal con la *infidelidad en la custodia de documentos*.

En la doctrina jurisprudencial la sentencia más reciente que ha aplicado este tipo delictivo es la de 19 de Junio de 2003, confirmando el criterio sentado en la sentencia anterior 1027/2002 de 3 Junio. La Audiencia Provincial absolvió al acusado, Inspector Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana, del delito de revelación de secretos, por estimar que se estaba en presencia de una ilicitud administrativa a sancionar en ese orden de acuerdo con el art. 27 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación por la vía del *error iuris* por indebida inaplicación del art. 417.1 del CP. Partiendo del respeto a los hechos probados, discrepa de la argumentación de la sentencia que,

en síntesis, estima que en el caso de autos, la incidencia de la infidelidad denunciada fue mínima sin haberse concretado las consecuencias de la deliberada violación del deber de sigilo por parte del imputado.

El Tribunal Supremo, reafirmando la validez de los principios vertebradores de un sistema de justicia penal de una sociedad democrática, en concreto los de mínima intervención y última *ratio*, toma en consideración que: a) la acción enjuiciada lo fue por un Jefe policial, y b) que su conducta fue reiterada.

La gravedad o trascendencia de la revelación debe ser puesta en relación no tanto con la idea de un daño tangible sino con el bien jurídico protegido por este delito.

La Sala estima que dicho bien jurídico es el mismo en todos los delitos integrados en el Capítulo IV del Título XIX, y consiste en **la correcta preservación y utilización de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la Administración en el concreto aspecto de la estricta confidencialidad de las informaciones de que dispone la Administración**, que no deben ser aprovechadas por los funcionarios, que son los primeros custodios de la legalidad, para ser utilizadas en fines extramuros de la función pública

Desde esta perspectiva, el daño a la causa pública está constituido por la quiebra de la credibilidad que en el colectivo social deben tener todas las instituciones y, los funcionarios que las encarnan. Por ello estima que ha habido un daño para la causa pública relevante penalmente dada la reiteración del quebrantamiento de secreto y la cualificación profesional del sujeto activo.

La acción analizada integra el tipo básico del art. 417.1 del Código Penal, pues se trata de una cesión de información a un tercero en tema referente a inmigración ilegal, y a trabajo clandestino en clubes de alterne de mujeres en situación ilegal en España, cuestiones ambas muy sensibles por el marco de explotación que suele acompañar tales actividades, y dada su relevancia deben ser sancionados conforme al art. 417.1 del Código Penal, y no con una mera sanción administrativa.

D) *Uso indebido de secreto o información privilegiada*

El art. 442 sanciona a la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, con las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

«A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

Este precepto procede del art. 368 del anterior CP, y concretamente de la reforma operada por la LO 9/1991, de 22 de marzo. Con anterioridad se sancionaba en el Capítulo destinado a la revelación de secretos, pero en el Nuevo Código Penal, el uso de información privilegiada por parte de autoridad o funcionario se separa de los delitos de revelación de secretos para pasar a considerarse una negociación, actividad prohibida o abuso en el ejercicio de su función.

La norma no exige que el sujeto llegue a obtener para sí o para tercero un beneficio económico, sino que es suficiente con que actúe «con ánimo de obtenerlo». La efectiva obtención del beneficio constituye un elemento que eleva la pena.

2) Ilícitos administrativos

En el ámbito administrativo las infracciones por violación del deber de secreto o reserva de las actuaciones y documentación oficial son numerosas.

Dada la imposibilidad de referirnos a todas ellas, máxime en un campo ajeno a mi especialidad como penalista, nos limitaremos a una brevísima referencia a título ejemplificativo.

En el ámbito jurisdiccional la norma de más reciente aprobación es el Estatuto del Ministerio Fiscal, reformado por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

En su artículo 62 se considera falta muy grave «La revelación por el Fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona» (art. 62 12º).

En el art. 63 se considera falta grave «revelar hechos o datos conocidos por el Fiscal en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta cuando no constituya la falta muy grave» anteriormente referenciada.

Respecto de los Jueces y Magistrados el art. 417 12º de la LOPJ califica como falta muy grave la revelación por el Juez o Magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona.

Y el art. 418 7º considera falta grave revelar hechos o datos por el Juez

o Magistrado, conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del art. 417 de esta ley.

En el ámbito genérico de la función pública el art. 7.1.j del RD 33/1986 de 10 de enero, de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado califica como falta grave «... no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causan perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio...».

En el ámbito policial el art. 207 del RD 1346/1984 de 11 Jul. sobre régimen disciplinario del Cuerpo Superior de Policía califica como faltas muy graves «... 5) la violación del secreto profesional...».

En todo caso, debe recordarse la preferencia que tiene el ordenamiento penal sobre el administrativo como consecuencia del principio de prevalencia del derecho penal, (ver la reciente STC 2/2003 de 16 de Enero).

6. Conclusiones


Resulta claro que la norma contenida en el art. 13 de la Ley de propiedad intelectual, al establecer que *no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores*, permite la libre publicación de dichas disposiciones, proyectos, resoluciones jurisdiccionales y actuaciones administrativas, pero esta autorización juega exclusivamente en el ámbito de las limitaciones que pudieran derivarse de la propiedad intelectual.

La norma, en consecuencia, no afecta a otras limitaciones que pueden venir determinadas por el deber de reserva o sigilo, la naturaleza secreta o reservada de las actuaciones administrativas, el secreto sumarial, etc. así como por otros derechos constitucionales como el honor, la intimidad o la imagen.

Y, en este sentido, las normas penales y administrativas que sancionan la violación del deber de reserva o secreto son contundentes.

Sin embargo, no resulta fácil precisar donde se encuentra el límite entre el derecho de los ciudadanos a ser informados y el deber de reserva de los funcionarios. Ni tampoco donde se encuentra el límite entre las sanciones meramente administrativas y las penales. En cualquier caso ésta es una cuestión ajena a la Ley de propiedad intelectual, pues el conflicto se plantea en otro ámbito jurídico diferenciado que es de los límites de la libertad de información.

Como sucede en muchas otras ocasiones son los Tribunales los que necesariamente deben ir determinando dichos límites, incluido el Tribunal Constitucional.

Las anteriores reflexiones no pretenden más que tratar de establecer los límites al principio de publicidad intentando aunar la teoría y la práctica. Sin olvidar que no hay nada tan práctico como una buena teoría y que, al fin y al cabo, una buena teoría no es más que la ordenación sistematizada de la experiencia. 

7. Bibliografía

- ALBERDI ALONSO, C. «El Poder Judicial como garante y sujeto del derecho a la información». *Poder Judicial*, núm. especial XI.
- *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad*. C.G.P.J. Madrid 1986.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. «Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual» Art. 13. -2ª edición, Tecnos, Madrid 1997.
- «Introducción a la regulación de los derechos de autor», en *Propiedad Intelectual, aspectos civiles y penales*. Varios autores, Director Conde-Pumpido Tourón. Cuadernos del Poder Judicial, núm. especial XXXIV, C.G.P.J. Madrid 1995.
- BONDIA ROMÁN, F. «Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de información», Madrid, 1990.
- BERLANGA RIVELLES, GARCÍA ALCALDE, ESPÍN TEMPLADO. «Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales», Mesa Redonda recogida en *Poder Judicial*, núm. especial XIII, C.G.P.J. Madrid 1990.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S. «El Juez ante los juicios paralelos de la Prensa». *Poder Judicial*, núm. 40, 1995.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C (Director). «Propiedad Intelectual, aspectos civiles y penales». Varios autores. *Cuadernos del Poder Judicial*, núm. especial XXXIV, C.G.P.J. Madrid 1995.
- DE VEGA RUIZ, J. A. «El acceso de los medios de comunicación a los juicios penales», *La Ley* 1984, Tomo 2.
- DÍAZ Y GARCÍA CONILLO, «Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido», *ADPCP*, III/1990.
- ESPÍN TEMPLADO: «Secreto sumarial y libertad de expresión», en *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 2, 1986.
- FAIREN GUILLÉN, V. «Notas sobre el principio de publicidad del proceso» en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Tomo I, Madrid 1969.
- «Los principios procesales de Oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. II-III, Abril-Septiembre 1975.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. «Principios procesales y procedimentales de la L.O. 7/1988» en *La reforma del Proceso Penal*, Andrés Ibañez y otros, Madrid 1990, «Concentración, preclusión y publicidad».
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid 1995. Capítulo «Publicidad y Oralidad».
- GIMBERNAT, «Los delitos contra la propiedad intelectual», *Delitos contra la propiedad, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial*, 1995.
- «Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual», *Criminología y derecho penal al servicio de la persona, LH-Beristain*, San Sebastian, 1989.
- «Otra vez los delitos contra la propiedad intelectual», *Rev. Jueces para la Democracia*, núm. 13/1991.
- JUANES PECES, A. «Los Juicios paralelos». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 378, de 18 de febrero de 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «Los delitos contra la propiedad intelectual. Empresa y Derecho penal (II)» *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M. «Publicidad, indefensión y tutela judicial efectiva» en *Actualidad Penal*, núm. 27, 1993. «El derecho a la publicidad de los Terceros en el proceso». *Actualidad Penal* núm. 48, 1993.

- LÓPEZ ORTEGA, J. J. «Televisión y audiencia penal», en J.P.D. *Información y Debate*, núm. 20, 1993/3.
- MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE, «Publicidad y secreto en el proceso penal», Granada 1996.
- MORALES PRATS: «Garantías penales y secreto sumarial», *La Ley*, 1985, T. II.
- PECES MORATE, J. «Publicidad y secreto sumarial», *Revista J.P.D. Información y Debate*, núm. 7, Septiembre 1989, pág. 54.
- PEDRAZ PENALVA, E. «Notas sobre publicidad y proceso», *Poder Judicial*, núm. especial XI, «El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad». C.G.P.J. Madrid 1986.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. «El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información». *Cuadernos de Derecho judicial* núm. III /1998.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.; ÁLVAREZ PÉREZ, T.; RODRÍGUEZ, P.: «La publicidad del sumario», en: *Libertad de expresión y Derecho Penal*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense y EDESA, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ TAPIA. En Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual, coordinados por Rodrigo Bercovitz. Madrid 1997.
- ROGEL VIDE, C. *Comentarios al Código Civil y Legislaciones forales*, Tomo V, volumen 4º, Madrid, 1994.
- «Estudios sobre propiedad intelectual», Barcelona, 1995.
- SENENT MARTÍNEZ, S.: «El secreto sumarial como límite al derecho a la libertad de información», en *la Libertad de Expresión y en el Derecho Penal*, CGPJ, 1993.
- VARELA CASTRO, L. «Proceso penal y publicidad» *Revista J.P.D. Información y Debate*, núm. 11, Diciembre 1990.
- VEGA VEGA. *Derecho de autor*, Madrid, 1990.
- VELASCO NUÑEZ, E. «Publicidad, plazo razonable y derecho de defensa», *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. XI 1993, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». C.G.P.J. Madrid 1993.
- VERD NOGUERA, «Tras el significado de *audiencia pública* del art. 120.3 de la Constitución Española», en *Revista General de Derecho*, núm. 600 Septiembre 1994.
- ZURITA PINILLA. «La publicidad de las sentencias». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IV, núm. 137, 17 de Febrero de 1994.

PROBLEMAS LEGALES SOBRE TUTELA, ASISTENCIA Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES*

(POSIBLES PREVISIONES NEGOCIALES)

Agustín Luna Serrano
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Central de Barcelona

1. **Introducción.** El tema de estas jornadas sobre tutela, asistencia y protección de las personas mayores, que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, tiene la base de su desenvolvimiento operativo en el art. 50 de nuestra Constitución política, que se refiere a la promoción por los poderes públicos del bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad, plantea una problemática de gran y creciente interés en el ámbito de nuestra sociedad.

La problemática de referencia, además de su necesaria ubicación en el terreno constitucional, puede abordarse desde diferentes aspectos, que se refieren a las distinciones de las parcelas del ordenamiento en función de las normas a través de las cuales el mandato constitucional se reconduce a la legislación ordinaria y, así, por ejemplo, en el ámbito del derecho público el tema se puede abordar desde el punto de vista administrativo o fiscal. Por lo que a esta intervención se refiere, se va a examinar la cuestión desde el ámbito del derecho privado y, más en concreto, desde el punto de vista del derecho civil, sin desconocer que también se podría ob-

* Este escrito se corresponde sustancialmente con la ponencia encomendada a su autor para ser expuesta en las «Jornadas sobre la tutela de las personas mayores», celebradas durante los días 8 y 9 de mayo de 2003 en La Coruña.

servar desde otras muchas perspectivas, alguna a caballo entre lo público y lo privado como, por ejemplo, la que se refiere a la Seguridad Social.

Todavía, en el ámbito más estricto del derecho privado, la temática de las personas mayores se puede examinar trayendo a colación un elevado número de instituciones útiles o aprovechables a los fines de la tutela, de la asistencia y de la protección de las personas ancianas, debiéndose hablar a este respecto de no pocas posibles previsiones negociales típicas y atípicas que pueden ordenarse a dicha finalidad. Por mi parte, de manera más modesta y circunscrita, intentaré únicamente, sin ánimo de exhaustividad –por lo demás imposible aquí y ahora–, trazar una panorámica de previsiones negociales –a veces no específicamente pensadas en relación a los ancianos pero interesantes y aprovechables para el asunto que nos ocupa– que diseñaré de manera sucinta, no completa y necesariamente *ad exemplum*, incluso por estar advertido, siendo uno de los últimos conferenciantes, que mi ponencia se puede solapar, por su contenido, con otras ponencias y comunicaciones presentadas en estas Jornadas.

Dividiré mi intervención en cuatro apartados relativos a las determinaciones negociales de alcance preponderantemente personal, a las de carácter *inter vivos* de carácter patrimonial, a las *mortis causa* de carácter patrimonial y a las que pueden calificarse de *trans mortem* o con efecto patrimonial *post mortem*.

I. DETERMINACIONES NEGOCIALES DE ALCANCE PREPONDERANTEMENTE PERSONAL

2. **La denominada autotutela.** Esta modalidad de la delación voluntaria de la tutela podría ser utilizada por una persona para designar a quien haya de ser, en su caso, su propio tutor, en consideración de que, al ir avanzando en su edad, pudiera encontrarse en situación de no poder gobernarse por sí misma. Es evidente que la denominación convencionalmente adoptada para este supuesto no se corresponde exactamente con la palabra autotutela, que literalmente se refiere a la tutela de una persona a cargo de sí misma, pero tampoco cabe duda que la denominación indicada da a entender, de manera muy eficaz y directa, lo que, aunque impropia, se pretende describir.

Si bien las propuestas doctrinales sobre el acogimiento de esta posibilidad de delación de la tutela ya son entre nosotros bastante antiguas, lo cierto es que esta figura no fue incorporada a nuestro derecho positivo de aplicación general en la reforma del Código civil llevada a cabo en materia de tutela en los años 1981-1983, si bien se ha planteado si, aunque sea indirectamente y teniendo en cuenta el trámite de audiencia que el juez debe conceder al sometido a tutela antes de la constitución de

ésta (art. 231 Cc.) o del arbitrio que en esta materia se concede a la autoridad judicial (en particular, art. 235 Cc.), la autotutela puede admitirse en el ámbito de la normativa del Código civil.

En cualquier caso, la figura a que ahora nos referimos ha sido expresamente asumida por el legislador catalán, que dedica a ella los arts. 172 y siguientes del Código de familia, aprobado por la ley autonómica 9/1998, de 15 de julio, relativos a la delación voluntaria de la tutela, en este caso concreto por parte de la persona en ella interesada.

En efecto, en previsión de la posible incapacitación que procediere respecto de cualesquiera personas –y entre ellas, la de un anciano por demencia senil o por natural deterioro físico o mental en razón de la edad o la de quien, alcanzada cierta edad, sufre una enfermedad de carácter progresivo– puede designar a su futuro tutor o al titular o titulares de alguno o algunos de los cargos tutelares (consejo de tutela) o incluso, juntamente con el tutor, a un específico administrador patrimonial. Esta designación, que debe hacerse en escritura pública, vincula, desde luego, al juez, si bien puede ser impugnada por las personas llamadas legalmente a ocupar la tutela –si el Juez aprecia su idoneidad (tutela dativa)– o por el Ministerio fiscal, en el caso de que hayan variado sensiblemente las circunstancias existentes en el momento de la designación en comparación con las que se dan en el momento de la efectividad de la delación voluntaria de la tutela.

En previsión de su propia tutela, el eventual incapacitado puede hacer una pluralidad de designaciones, conjuntas o sucesivas, para ocupar el cargo de tutor; señalar sustitutos; excluir para ocupar los cargos tutelares a personas determinadas; determinar o establecer el contenido de la tutela, en especial a lo relativo al cuidado de su persona, y el funcionamiento de la misma; fijar la retribución que ha de corresponder al tutor; prever medidas de control en relación a la actuación del titular de la tutela; establecer un consejo de tutela (arts. 226 a 236 de Código de familia), formado como mínimo por tres personas, de manera que, a falta de designación expresa, los nombrará el juez siguiendo el orden señalado para la tutela dativa, o excluir para formar parte de dicho consejo a determinadas personas.

3. **La autocuratela.** Una vez abierta en el derecho civil catalán la posibilidad de la designación, por parte del eventual incapacitado, de la persona de su tutor en las circunstancias dichas, es lógico que también se prevea en el mismo la figura, de carácter más modesta en cuanto a su transcendencia, en razón de su función y de su contenido, de la autocuratela.

En efecto, para el supuesto de que una persona prevea que, dado lo avanzado de su edad, las circunstancias de su salud física o mental o su progresivo deterioro corporal o intelectual, la situación en que va a en-

contrarse pueda conllevar una futura incapacitación que, en la gradación de sus dificultades para gobernarse, únicamente comporte su sometimiento a curatela (art. 387 Cc.), puede también, a tenor de lo dispuesto en el Código catalán de familia, designar a dicho curador (art. 236.1 CF), al objeto de que, con arreglo a la normativa aplicable, complemente su capacidad.

4. **El acogimiento de personas mayores.** Se debe hacer también referencia, en esta primera parte de la intervención, a la figura del acogimiento de personas mayores, en relación al cual se vienen haciendo desde hace tiempo algunas propuestas y, recientemente, se han dictado normas en el derecho civil catalán y, en concreto, la ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores, en cuyo preámbulo se resalta su interés para las personas de la tercera edad indicando que «en la situación actual, el envejecimiento progresivo de la población, como consecuencia de la prolongación de la vida y de la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista que estructure este tipo de convivencia puede solucionar el bienestar general de las personas mayores que se aprovechen del mismo, resolviéndoles las dificultades económicas y sociales, y ser una opción más al ingreso de estas personas mayores en instituciones geriátricas».

El acogimiento de referencia, que debe ser objeto del correspondiente pacto, daría lugar a una vinculación entre una persona, una pareja casada o unida de manera estable o una familia monoparental, y otra persona o una pareja casada o unida establemente, que han de ser más jóvenes si el acogimiento se concierta por razones de edad –el acogimiento podría contemplar también una situación de discapacidad–, los cuales acogen a las indicadas personas mayores en una situación semejante a la que determinarían las relaciones de parentesco, a cambio de una contraprestación económica. El pacto supone que las personas acogedoras y las acogidas han de prestarse ayuda mutua y compartir los gastos de la vivienda común y el trabajo doméstico en la forma pactada, debiendo ésta corresponderse con las posibilidades reales de cada una de las partes interesadas.

El pacto de acogimiento puede concluirse entre personas que no sean parientes entre sí dentro del segundo grado, mayores de edad y con plena capacidad de obrar, salvo el caso de que las personas acogidas se encuentren incapacitadas, en cuyo supuesto obrarán, en sustitución de las mismas, sus representantes legales o, juntamente con ellas, sus curadores. En el caso de que el acogimiento tenga lugar en atención a la edad de las personas acogidas, éstas han de tener, ordinariamente, cumplidos los sesenta y cinco años y, si tuvieren menos edad, habrían de tener, al menos, quince años más que la persona que las acoge de más edad.

El convenio de acogimiento, que por regla general no deberá tener una vigencia inferior a tres años, debería hacerse constar en escritura pública e inscribirse en un registro especial creado al efecto. En dicha escritura debería hacerse constar las prestaciones y los derechos y obligaciones correspondientes a cada una de las partes, así como, en su caso, las donaciones hechas por las personas acogidas a las acogedoras o a terceras personas en interés de éstas, ya sean de presente o para después de la muerte. Si el acogimiento comportara prestación de alimentos, la contraprestación podría consistir en la cesión de un capital en bienes muebles o inmuebles o en dinero.

A la terminación del acogimiento –que podría extinguirse por las causas previstas de común acuerdo en la escritura en que el pacto se formaliza por voluntad de una de las partes manifestada en escritura pública fehacientemente notificada, por decisión de una de dichas partes en caso de incumplimiento de lo pactado por la otra, por muerte de la persona o personas acogidas y por muerte de la persona o personas acogedoras– dará lugar, si el acogimiento se extingue por las dos primeras causas indicadas, a los expresamente pactado; si se extingue por mera voluntad unilateral comunicada y no existe pacto, la parte que no sea titular de la vivienda habrá de abandonarla en el plazo de tres meses; si la extinción tiene su causa en la voluntad de una de las partes ante el incumplimiento de la otra, los eventuales acogedores, si no son titulares de la vivienda, habrían de abandonarla en quince días y los acogidos en el plazo de dos meses; en el caso de extinción por razón de defunción de la persona o personas acogidas, y si éstas fueran las propietarias de la vivienda, la persona o personas acogedoras tienen derecho a seguir viviendo en ella y a utilizar su ajuar durante un año y, si los que mueren son los acogedores, los acogidos tienen asimismo derecho a permanecer un año en la vivienda y a usar del ajuar doméstico. Además, si se hubiera producido una situación de enriquecimiento injusto en razón del tiempo y las circunstancias del acogimiento, se podría solicitar la correspondiente indemnización. Por otra parte, en la sucesión, tanto testada como intestada de las personas acogidas, las personas acogedoras tienen derecho, si la convivencia ha durado por lo menos cuatro años, a exigir de los herederos de los acogidos, y a elección de los mismos, bienes hereditarios –o su equivalente en dinero– que representen una cuarta parte del valor de la herencia, en la cual se imputarán los bienes que, por cualquier título gratuito, las personas acogedoras hayan recibido de las acogidas o éstas le hayan atribuido en relación a su herencia.

5. **Las situaciones convivenciales de ayuda mutua.** Las circunstancias de soledad y de desvalimiento en que, con mucha frecuencia, se encuentran las personas ancianas y otras más o menos mayores se han intentado

también superar en el derecho civil catalán mediante la promulgación de la ley autonómica 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Se quiere regular mediante ella la relación existente entre dos o más personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, una vivienda y soportan los gastos comunes y el trabajo doméstico, de manera igual o desigual y, eventualmente, otros gastos u otras actividades.

La situación convivencial de ayuda mutua puede establecerse entre personas mayores de edad, que no sean parientes en línea recta ni casadas o constitutivas de una unión estable de pareja, sin superar el número de cuatro, y que lo mismo pueden ser parientes en la línea colateral, en cuyo caso pueden agruparse en número mayor, que tener relaciones de simple amistad o de pura camaradería. Dicha situación puede constituirse mediante escritura pública notarial y también puede adquirir efectividad si se prolonga por espacio de dos años de convivencia, que puede acreditarse mediante acta de notoriedad.

Los convivientes podrán establecer por pacto las normas reguladoras de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes que les conciernan y las causas y las reglas aplicables a la extinción de su situación convivencial, de modo que dichos acuerdos podrán formalizarse tanto verbalmente como por documento público o privado, predeterminando dicha forma la de las modificaciones que luego quieran introducir.

La situación convivencial de ayuda mutua puede extinguirse por acuerdo de todos los convivientes, por decisión unilateral de uno de ellos, por el matrimonio de uno de ellos o por el hecho de establecer con otra persona una relación estable de pareja, por muerte de uno de los convivientes o bien por las causas que se hayan previsto en el pacto por el que se ha establecido la convivencia. Cuando la extinción de ésta se deba a la voluntad unilateral de uno de los convivientes, a su matrimonio o a su unión estable de pareja, o a su fallecimiento, los demás convivientes podrán continuar entre ellos la convivencia adaptando y modificando en lo necesario los pactos que para regularla se habían inicialmente establecido. Naturalmente, los supuestos inicialmente señalados de extinción de la convivencia determinan la revocación de los poderes que cualquiera de los convivientes haya otorgado en favor de los otros.

La extinción de la situación convivencial produce efectos respecto de la vivienda y puede dar lugar a una compensación económica por razón de trabajo y a una pensión periódica en caso de defunción.

En el primer aspecto, la utilización de la vivienda después de la extinción de la situación convivencial puede regularse por pacto, pero, a falta del mismo, si la extinción se produce en vida de todos los convivientes los que no sean titulares de la vivienda dispondrán de tres meses para abandonarla o, si la extinción se produce por defunción del conviviente

propietario de la vivienda, los demás podrán seguir ocupándola durante seis meses. Además, si la persona fallecida era arrendataria de la vivienda, los demás convivientes tendrán derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el término de un año o por el tiempo inferior que quede hasta la expiración del contrato arrendaticio. En todos estos casos es claro que el derecho de que se trata puede corresponder a diversas personas, previéndose en la ley que, a falta de acuerdo, el eventual conflicto se habrá de resolver mediante arbitraje o resolución judicial, la cual podrá disponer indemnizaciones en favor de los convivientes más perjudicados a cargo de los demás.

En cuanto a la compensación económica por razón de trabajo, si uno de los convivientes ha trabajado para los demás, sin la contraprestación debida, de manera que esta situación ha determinado una desigualdad económica que implica un enriquecimiento injusto, quien ha realizado aquellos trabajos tiene derecho a una compensación económica a cargo de los que se hayan beneficiado de los mismos, que se fijará por acuerdo entre todos los interesados o, de faltar éste, mediante arbitraje o resolución judicial, teniendo en cuenta los pactos previamente establecidos, la dedicación de uno de los convivientes a los demás, la duración de la convivencia y los medios económicos de las partes interesadas.

Finalmente, si la extinción de la convivencia tiene lugar por defunción de uno de los convivientes, aquél o aquéllos que le sobrevivan y que eran mantenidos total o parcialmente por el difunto durante el último año de convivencia, anterior a su muerte, y no tengan medios económicos para mantenerse tienen derecho, salvo que se haya pactado en sentido contrario al establecerse la convivencia, a una pensión alimenticia a cargo de los herederos del premuerto, por un período máximo de tres años. Esta pensión se ha de fijar, en lo que se refiere a su cuantía y duración, de común acuerdo o mediante arbitraje o decisión judicial, teniendo en cuenta el costo del mantenimiento, el tiempo en el que el mismo tuvo lugar y la importancia del caudal relicto, de modo que no pueda exceder de la mitad de su valor si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante, fuera del caso de que se trate de menores de edad o de discapacitados en cuyo supuesto dicha pensión se ha de limitar a la quinta parte del valor de la herencia.

II. DETERMINACIONES NEGOCIALES *INTER VIVOS* DE CARÁCTER PATRIMONIAL

6. **Las liberalidades entre vivos.** Aunque no necesariamente dirigidas específicamente, en los planteamientos de política jurídica básica del ordenamiento, a la protección de los ancianos, no cabe duda de que las liberalidades *inter vivos* pueden ser llevadas a cabo en atención a la mejor asistencia de las personas mayores. En este sentido, podría pensarse en concluir a tal fin negocios jurídicos de donación en pleno dominio en favor de personas de la tercera edad para ayudarles en sus necesidades, que, en su caso, tendrían el límite de la inoficiosidad y habrían de adoptar una forma preestablecida si lo donado fuera un inmueble (art. 633 Cc.), y en particular de donación del derecho real de usufructo, especialmente si el mismo se constituye, ampliando el alcance de la liberalidad, con facultad de disposición. Es significativo, a este respecto, que, en función precisamente de que la constitución de este tipo de usufructo tiende a asegurar la subsistencia, mientras viva, de una persona cuyos medios económicos pueden no ser suficientes a lo largo del tiempo, el derecho alemán conozca en concreto una figura parecida o afín calificándola sus juristas como «derecho de sustento».

Aunque la constitución del usufructo con facultad de disposición es habitual en el ámbito de las determinaciones negociales *mortis causa*, y será considerado más adelante con alguna amplitud en este contexto, puede también tener lugar por acto gratuito concluido entre vivos y, desde luego, está claramente autorizada en este ámbito por el sentido del art. 467 del Código civil, en el que se describe conceptualmente el derecho de usufructo y dentro de cuyos términos es perfectamente procedente la constitución *inter vivos* de tal usufructo con facultad de disposición, ya sea ésta concedida condicionadamente («en caso de necesidad») o incondicionadamente.

7. **Previsiones negociales de prestaciones periódicas dinerarias: en particular, el contrato de renta vitalicia.** En favor de las personas mayores y con vistas a atenderles en el tramo final de su vida que ha dado en llamarse la tercera edad, pueden hacerse previsiones de prestaciones periódicas puramente dinerarias o, con una dimensión social, económica y afectiva diferente, por incluir aspectos éticos de convivencia y familiaridad, previsiones de prestaciones periódicas alimentarias. Dentro de las previsiones del primer grupo cabe aquí hacer referencia, aunque sea de modo sucinto, al contrato de renta vitalicia regulado en el Código civil, a la estipulación o promesa de renta vitalicia en el derecho navarro y a las pensiones a que se refiere, en el derecho civil catalán, la reciente ley autonómica 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas.

a) *El contrato de renta vitalicia en el Código civil.* En relación al contrato de renta vitalicia regulado en el Código civil (arts. 1802 ss. Cc.), conviene la doctrina en que tal contrato típico –puede haber también constituciones paccionadas de renta vitalicia que no se correspondan con el esquema legal, en cuyo caso se trataría de pactos atípicos– es un contrato oneroso –de manera que la constitución gratuita de la renta también supondría atipicidad– y esencialmente aleatorio. En el supuesto más habitual de la constitución onerosa de la renta vitalicia contra la entrega de un capital, consistente en bienes o dinero, se establecería una relación sinalagmática en la que la corresponsividad de las prestaciones habría lógicamente de comportar la obligación de saneamiento en relación a los bienes ordinariamente entregados por quien, a cambio, recibe la pensión.

Cabe, en todo caso, que el contratante de la renta y pagador del capital sea persona distinta del pensionista, en cuyo caso se estaría ante un contrato a favor de tercero de los contemplados en el art. 1257.2 del Código civil. Junto al pagador del capital y al perceptor del mismo y deudor de la renta, el elemento subjetivo de la relación se completa con el pensionista o acreedor de la pensión, que puede ser o no, según se ha indicado, el pagador de la pensión o una tercera persona y que puede tener derecho a percibirla durante la vida de una o más personas determinadas (art. 1802 Cc.), siempre que, estando vivas, no padezcan enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a la celebración del contrato (art. 1804 Cc.).

En el aspecto objetivo, son elementos de la relación de renta vitalicia el capital –que, si es onerosa, se paga para que la pensión se deba– y la propia pensión a satisfacer. En cuanto al capital, puede tratarse, en general, de cualquier activo patrimonial y consistir, por tanto, en el dominio cedido de bienes muebles o inmuebles, pero también en otra contraprestación, como, por ejemplo, la constitución de un censo, de una servidumbre o de un usufructo o, también, en una ventaja hecha a través de una renuncia, de una transacción o de una cesión de crédito.

El otro elemento objetivo de la relación contractual de renta vitalicia es la pensión, cuya satisfacción constituye una obligación de tracto sucesivo de periodicidad en principio anual, si bien puede pactarse libremente que el pago se realice fraccionadamente por unidades de tiempo menores, como por ejemplo, mensualidades o semanas. En relación a la efectividad de la pensión, se ha suscitado alguna polémica en cuanto a la deuda que la misma supone y a la responsabilidad, más o menos apremiante, que la misma, entraña –en definitiva, por razón de la precisión del art. 1802 del Código civil, que se refiere a la «carga de la pensión»– afectante al capital. Se ha sostenido por algunos que, en relación al pago de la pensión, debe entenderse que existe una afección real sobre las cosas integrantes del capital cuya entrega es corresponsiva de la deuda en

que el deber de pagar la pensión consiste, si bien en la práctica se haría muy difícil dar efectividad a esta idea de afección, al menos en cuanto a los bienes del capital entregado de naturaleza mueble; para otros, la obligación del pago de la pensión se incardinaría en el concepto más amplio de un derecho real *in faciendo*, que comportaría para el pretensor del *fare* del pago de la pensión una facultad de realización de valor de las cosas percibidas con cuya transferencia se corresponde la obligación de pagar la pensión; para otros, todavía, la obligación de pagar la pensión tendría el carácter de obligación *propter rem*, que, por tanto, seguiría a la cosa entregada como correspectivo de la obligación en cuestión; para otros, finalmente, del art. 1802 del Código civil, formulado sin mayores pretensiones técnicas, no se desprendería en relación a la obligación del pago de la pensión una carga real específica sobre los bienes entregados a cambio, pudiéndose invocar a este propósito la Resolución de la Dirección General de los Registros de 31 de mayo de 1951.

La relación de renta vitalicia se constituye mediante la conclusión del contrato correspondiente, del que, sin embargo, se discute su naturaleza real, según podría apreciarse a la vista de la redacción del art. 1802 del Código civil, o puramente consensual. En favor de esta segunda opción militan, sin embargo, numerosos argumentos como el de que, pese a cuanto dice el citado precepto, el contrato no requiere necesariamente, para su constitución, la entrega de la posesión de determinados bienes o su transmisión, como el de que la contraprestación a la pensión podría consistir en la cesión de una acción reivindicatoria o como, finalmente, aunque acaso con menos fuerza argumental en el caso concreto, el de que un precepto fundamental del Código civil, como su art. 1255, consiente contratar aunque no haya de inmediato una entrega de bienes actual.

El derecho a la pensión o renta vitalicia es de carácter negociable, cedible (art. 1112 Cc.), vendible y, por tanto, embargable, según también resulta, interpretado *a contrario*, del art. 1807 del Código civil. Puede ser objeto de aseguramiento, entendiéndose ordinariamente que la vía más adecuada del mismo podría ser la del art. 158 de la ley hipotecaria.

El derecho a percibir las pensiones vencidas prescribe, como todos los que se refieren a prestaciones periódicas, a los cinco años (art. 1966, 3º Cc.) y el derecho a la pensión, por no tener un plazo prescriptivo especial, a los quince años (art. 1964 Cc.). Por lo demás, el derecho se extingue, asimismo, por la muerte de la persona en relación a cuya vida se contrató la renta, que normalmente será el pensionista, pero que también puede ser una persona distinta cuya vida se contempla precisamente en orden a que la atienda quien percibe la pensión. En relación a esta extinción, un caso controvertido es el de la muerte del pensionista sin que, en cambio, muera la persona sobre cuya cabeza se constituyó la renta, problema que, en realidad, entraña una *quaestio voluntatis*, en cuya

valoración interpretativa alcanza sin duda relieve el carácter oneroso o, por el contrario, gratuito de contrato en que la renta vitalicia se estipula.

b) *La renta vitalicia en el derecho navarro.* Por su parte, la ley 520 del Fuero nuevo o Compilación del derecho civil de Navarra contempla la estipulación o promesa de renta vitalicia y el contrato de renta vitalicia propiamente dicho, establecido a cambio de una cesión de bienes y por el tiempo que se fije por las partes, por el de la vida del acreedor o por el de la vida de un tercero. En relación a estos supuestos de renta vitalicia son de plantear problemas paralelos a los que suscita la regulación ahora examinada del Código civil, por lo que, a los efectos de esta modesta intervención, serán suficientes estas breves y someras referencias al derecho civil navarro.

c) *Las pensiones periódicas en el derecho catalán.* El derecho civil de Cataluña ha conocido, desde antiguo, algunas figuras de pensiones periódicas de tipo obligacional –distintas, por tanto, de las que, con carácter real, configuran los censos enfitéutico o vitalicio y que se regulan, en el derecho de aquel territorio, en la ley de censos 6/1990, de 16 de marzo– que, bajo las denominaciones de censal y de violari, pueden sin duda ser aprovechadas como medios para procurar una cierta seguridad a las personas mayores que puedan ser sus beneficiarias. Estas figuras de pensiones periódicas dinerarias, hasta hace poco regidas por los arts. 330 a 335 de la Compilación de derecho civil de Cataluña de 1960, reformada para su adecuación a la Constitución mediante la ley de 20 de marzo de 1984, se encuentran disciplinadas ahora por la reciente ley autonómica catalana 6/2000, de 19 de junio.

Por lo que se refiere al censal, el mismo constituye una pensión periódica pagadera en dinero que se debe indefinidamente a una persona y sus sucesores a cambio de un capital que se recibe y que se puede constituir mediante contrato, donación hecha por tercero o legado. La pensión en que el censal consiste puede, desde luego, garantizarse con fianza o hipoteca y asegurarse el poder adquisitivo que la pensión tiene inicialmente mediante las oportunas cláusulas de estabilización.

Aunque el censal tiene naturalmente el carácter de indefinido, es sin embargo redimible mediante capitalización, si bien puede pactarse su irredimibilidad por cierto tiempo.

El violari, al que la ley llama ahora también pensión vitalicia, es, en cambio, una pensión que puede constituirse onerosa o gratuitamente en favor de una persona durante la vida de una o de varias otras personas. En el caso de que la constitución sea onerosa, ya sea el acreedor de la pensión o un tercero quien entregue los bienes o el capital correspondiente, habrá lugar, naturalmente, a la obligación de saneamiento.

El acreedor de la pensión, que puede sujetarse a una cláusula de estabilización y asegurarse mediante garantía personal o real, tiene derecho a

percibirla por el tiempo pactado o, en su caso, hasta un momento anticipado al considerado como final y la falta de su pago le habilita para pedir la resolución del contrato.

El derecho a percibir la pensión se extingue por muerte de la persona en cabeza de la cual aquélla se constituye o por redención instada por el pagador de la pensión.

8. Previsiones negociales de prestaciones periódicas alimentarias: el contrato de vitalicio. A diferencia de las figuras anteriormente examinadas, en que las percepciones que eventualmente pudiera corresponder percibir a una persona mayor se concretarían en unas cantidades de dinero pagaderas periódicamente, también pueden considerarse como figuras dirigidas útilmente a la protección de las personas mayores ciertas prestaciones periódicas alimentarias, que, en su caso, pueden alcanzar, según es deseable en relación a personas que requieren una atención especial, dimensiones convivenciales y de carácter afectivo que pueden revestir gran interés a los fines de las preocupaciones que subyacen en esta modesta intervención. A estos efectos, se examinan en este apartado, con independencia de cualesquiera pactos sobre alimentos que pudieran convenirse al amparo del art. 1255 del Código civil, el contrato de vitalicio, examinado, como atípico, en el contexto del Código civil, y el contrato típico de vitalicio regulado en el derecho gallego.

a) *El contrato de vitalicio concluido en el ámbito normativo del Código civil.* El contrato de vitalicio, surgido como modelo contractual en la vida social pero todavía no tipificado por el ordenamiento civil de aplicación general, es un contrato oneroso, en el cual se pacta la entrega de unos bienes a cambio de una prestación de alimentos de por vida –de habitación, alimentos y asistencia médica habla la sentencia de 6 de mayo de 1980 y de asistencia, cuidados y servicios la de 1 de julio de 1982–, atípico, en cuanto distinto del contrato tipificado de renta vitalicia, y aleatorio, en cuanto que su efectividad temporal depende de la vida del beneficiario de la alimentación en él prevista.

En relación a esta figura jurídica se ha establecido una interesante discusión acerca de su naturaleza por relación al contrato de renta vitalicia, puesto que si muchos propenden, como se ha sugerido, por su diferenciación y autonomía respecto del contrato de renta vitalicia regulado en los arts. 1802 y siguientes del Código civil, otros defienden que no se trata más que de un subtipo de éste.

En favor de la autonomía del llamado contrato de vitalicio militan, como se sabe, no pocos argumentos, como el ser la prestación alimenticia, a diferencia de la dineraria, esencialmente variable en función de las necesidades del alimentista y tener un carácter mixto de dar y de hacer y de proporcionar tanto cosas como atenciones, aspectos que, para afirmar

la distinción del contrato de vitalicio respecto del de renta vitalicia, no ha dejado de tener en cuenta la jurisprudencia en sentencias tales como las de 30 de noviembre de 1987, 3 de noviembre de 1988, 8 de mayo de 1992 y 2 de julio de 1992 o la doctrina de la Dirección General de los Registros en la resolución de 26 de abril de 1991, a tenor de la cual –con clara diferenciación de lo que significa un contrato de renta vitalicia de prestación periódica dineraria– «la calificación que corresponde a un contrato por el que una de las partes recibe de otra un capital o unos bienes determinados a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y toda clase de asistencia y cuidados durante toda la vida, no es la de donación o renta vitalicia, sino la de un contrato autónomo, innominado y atípico al que se viene conociendo como ‘contrato vitalicio’ o de pensión alimenticia o también de alimentos vitalicios». No faltan también, sin embargo, quienes se muestran en contra de esta consideración autónoma, respecto del contrato de renta vitalicia, del llamado contrato de vitalicio, calificado en alguna ocasión por la jurisprudencia como mero subtipo de éste (así, sentencia de 1 de julio de 1982), si bien esta tesis encontraría la dificultad de aplicar, por analogía, a este contrato de vitalicio, en cuanto subtipo del de renta vitalicia, preceptos como los arts. 1804 a 1806 del Código civil.

El contrato de vitalicio puede resolverse, en todo caso, a voluntad del alimentista, aunque esta facultad debe actuarse según las reglas de la buena fe, de acuerdo con lo que expresa la sentencia de 28 de mayo de 1965.

b) *El contrato de vitalicio en el derecho gallego.* Los arts. 95 a 99 de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia regulan el contrato de vitalicio como contrato típico, oneroso y, salvo pacto, aleatorio, por el cual una o varias personas se obligan a prestar a otra u otras, a cambio de la cesión o entrega de bienes, alimentos, ayudas y cuidados, incluso afectivos, y a procurarle una cierta calidad de vida. Este contrato cuyo contenido puede comprender una prestación, como se ve, de carácter múltiple, ha de formalizarse necesariamente mediante documento público.

La relación alimenticia, claramente utilizable en favor de personas mayores, puede, sin embargo, resolverse a instancia del alimentante, con un preaviso de seis meses, teniendo en tal caso derecho a la mitad de las ganancias obtenidas con su trabajo. Por su parte, el contrato podrá ser rescindido por el alimentista si el alimentante observare respecto de él una conducta gravemente injuriosa o vejatoria, si incumpliere total o parcialmente la obligación alimenticia, si no atendiese al alimentista en lo necesario de acuerdo con la posición social y económica de las partes o de alguna manera incumpliese el alimentante lo pactado. Si hubiera lugar a la rescisión contractual, el alimentista deberá en todo caso satisfacer los gastos ocasionados, que podrán ser objeto de compensación total o parcial con los frutos percibidos de los bienes cedidos.

9. **Las formas privadas de previsión social.** Dentro de las determinaciones negociadas *inter vivos* de carácter patrimonial, alcanzan una importancia creciente –y, en este sentido, pueden rendir una indudable utilidad desde el punto de vista de la protección de las personas mayores– las formas privadas de previsión social, a través de las cuales se pueden encontrar fórmulas que aseguren el bienestar de las personas de la tercera edad. En este apartado sólo podemos citar, por vía de somera referencia, y sin entrar en su regulación ni en los importantes aspectos fiscales que las figuras a relacionar presentan, a la contratación de seguros privados, a la adscripción a mutualidades de previsión social y a la suscripción de planes y fondos de pensiones.

III. DETERMINACIONES NEGOCIALES *MORTIS CAUSA* DE CARÁCTER PATRIMONIAL

10. **La institución de heredero a favor del cónyuge.** En el caso de matrimonios sin hijos esta determinación negocial es bastante usual y mediante la misma se procura que el cónyuge superviviente goce por el tiempo que le reste de vida de la mayor seguridad en cuanto a su sustento y al disfrute de la asistencia que le será necesaria. De hecho, este tipo de previsión negocial, que con frecuencia se denomina usualmente, como de «testamento del uno al otro», es la modalidad testamentaria mayoritaria de ciertas zonas de nuestro país como, por ejemplo –en este caso favorecido por las modalidades propias del sistema sucesorio catalán–, de la conurbación metropolitana barcelonesa.

El asunto se complica, obviamente, cuando existen descendientes legitimarios, dependiendo en este caso las previsiones que se pueden tomar en el momento de hacer testamento de que la libertad de testar sea más o menos amplia o restringida, de que el sistema legitimario sea más o menos rígido y de que sea mayor o menor la parte de libre disposición: en definitiva, de que la legítima sea formal o material, de que sea larga o corta y de que constituya una *pars bonorum* o una *pars valoris bonorum*. Personalmente, propendo no sólo a una flexibilización de la legítima sino también a una muy amplia libertad de testar, y ello por consideraciones de tipo sociológico que se cifran, fundamentalmente, en la creciente prolongación de la vida de las personas, en la creciente circunscripción de la extensión de la familia que da a la misma un carácter nuclear y en la habitualidad, seguramente creciente, del internamiento de las personas mayores en residencias geriátricas.

La institución de heredero a favor del cónyuge superviviente puede llevarse a cabo, en los sistemas en que ello es posible, a través del testamento mancomunado y, en aquellos otros en que éste no se admite, me-

diante los llamados testamentos «cruzados». También podría utilizarse, donde sea posible, –así, en Cataluña, a tenor del art. 99 del Código de sucesiones–, el llamado contrato sucesorio o heredamiento mutuo, o bien aprovechar testamentariamente el llamado fideicomiso de residuo –previsto en algunos ordenamientos, como en el catalán, en el art. 243 de su Código de sucesiones– que consentiría al cónyuge primer heredero o fiduciario gastar cuanto necesitase del patrimonio recibido y que ha de traspasar a los siguientes herederos o fideicomisarios.

11. La institución en favor del cónyuge viudo de un usufructo universal. Independientemente de que a veces los ordenamientos civiles españoles prevén, en general, como en Aragón y Navarra, o en caso de sucesión intestada concurriendo con hijos y descendientes, en Cataluña un usufructo legal universal en favor del cónyuge viudo, una previsión voluntaria de tal naturaleza es también posible en Baleares, a través de la llamada cautela sociniana, en Galicia –a tenor de las variadas previsiones de los arts. 118 a 127 de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil gallego y en Cataluña, ya sea en capítulos matrimoniales (art. 24 del Código de familia), en heredamiento o contrato sucesorio (art. 69 del Código catalán de sucesiones, relativo al llamado «usufructo de regencia» de gran amplitud y contenido), o mediante legado (art. 304 del Código de sucesiones), con posible relevación de afianzar y concesión de la facultad de disposición, en cuyo caso estaríamos ante una figura semejante al fideicomiso de residuo.

Más dudoso es que una previsión de este tipo se pueda establecer en favor del cónyuge viudo en el sistema del Código civil, en cuyo ámbito, sin embargo, no pocos lo consideran viable a través de la llamada cautela sociniana, lo que conllevaría una reducción en su caso de la legítima, sobre todo en cuanto que el Tribunal Supremo parece presuponer su transcendencia en sentencias como las de 23 de marzo de 1929 y 30 de enero de 1990, en cuyo examen no es posible entrar en esta ocasión. Es de tener en cuenta, por lo demás, que, cuando una previsión del tipo ahora señalado ha tenido lugar, muy pocas veces ha sido objeto de discusión e impugnación.

Al margen de la concesión de un usufructo universal en favor del cónyuge viudo, una previsión de tal tipo en favor de cualquier persona se contempla en la ley 250 de la Compilación de Navarra, en la cual dicho beneficio se puede acordar con relevación de fianza y de inventario y concediendo al usufructuario facultad de disposición.

12. Otras posibles previsiones testamentarias eventualmente utilizables en favor de personas mayores. En este sentido podría aquí aludirse al legado de cosa simple, al legado de dinero, al legado de renta o

de pensión, al legado de alimentos, al legado de usufructo, etc., en general admitidos tanto en nuestro Código civil como en nuestros diferentes ordenamientos particulares.

Dentro de este apartado y, en relación al legado de cosa simple, es interesante hacer referencia al supuesto de que el mismo sea instituido con facultad de disposición de la cosa legada en favor del legatario, lo que dotaría a la persona anciana eventualmente beneficiaria de dicha facultad de una más amplia ventaja económica.

El usufructo con facultad de disposición no está ciertamente admitido de manera expresa en el Código civil, pero parece que fácilmente puede entenderse comprendido en la amplia definición que para el usufructo se desprende de su art. 467, además de que lo admite sin mayores problemas –así, por ejemplo, en la sentencia de 9 de octubre de 1986– la jurisprudencia.

La facultad de disposición se puede conceder condicionadamente –por ejemplo, sólo en caso de necesidad– o libremente, pero, en todo caso, deberá interpretarse restrictivamente, de modo que, si únicamente se habla de disponer, parece que debe restringirse a los supuestos de disposición *inter vivos* y, si se hace referencia a «vender», parece que no debe comprenderse también «donar». En todo caso, el usufructo con facultad de disposición es una figura cercana, según ya se ha advertido antes, al fideicomiso de residuo, del cual, sin embargo, le separan algunas diferencias que lo distinguen, tal como han puesto de relieve –sin que ahora sea posible extendernos sobre esta cuestión– la sentencia de 9 de diciembre de 1970 o la resolución de 2 de diciembre de 1986.

13. Beneficios testamentarios de otro tipo. Todavía en favor de personas mayores se podría pensar en otras ventajas ordenadas a su protección y asistencia y establecidas en un testamento. Piénsese, por ejemplo, en el modo testamentario de atender y cuidar cuyo beneficiario fuera una persona mayor o la condición testamentaria de acompañar o visitar que igualmente pudiera establecerse en favor de personas de la tercera edad. En estos casos, sin embargo, la ventaja prevista podría tener, aparte de un carácter estrictamente patrimonial, también, y acaso más frecuentemente, un carácter mixto o un carácter exclusivamente personal.

IV. DETERMINACIONES NEGOCIALES *TRANS MORTEM* O CON EFECTO PATRIMONIAL *POST MORTEM*

14. Los negocios *trans mortem* en beneficio posible de personas mayores: el contrato de seguro de vida. A diferencia de los negocios *mortis causa* –como el negocio jurídico testamentario definido en el art.

667 del Código civil-, en que la consideración de la muerte conforma la causa de los mismos, en los negocios *trans mortem* o con efecto *post mortem* la muerte alcanza únicamente relieve como referencia circunstancial de sus efectos. No es posible, en esta sede, hacer un examen pormenorizado de ambas categorías negociales, cuyas diferencias conceptuales y estructurales han sido puestas de relieve, sobre todo, por la doctrina italiana.

Entre dichos negocios *trans mortem* concluíbles en utilidad de personas mayores puede encontrarse, sin duda, el contrato de seguro de vida en el que el tomador del mismo sea el alimentante del anciano y, en previsión de su posible muerte, quiera asegurar la subsistencia de la persona mayor designándole como beneficiario del seguro.

15. Las compras con pacto de supervivencia en el derecho civil catalán. Previstas en los arts. 44 a 46 del Código catalán de familia, las compras con pacto de supervivencia pueden tener una interesante significación respecto de la asistencia y protección de las personas mayores en cuanto que a través de las mismas se intenta beneficiar al cónyuge viudo sobreviviente.

La figura puede surgir del pacto añadido a la adquisición conjunta de un bien por parte de esposos que se encuentran ligados por el régimen matrimonial legal catalán de separación de bienes, mediante el cual ambos convienen que, a la muerte de uno de ellos, la propiedad del bien adquirido pase íntegramente al esposo que sobreviva. En este sentido, el mencionado pacto se puede considerar, a la vez, como un correctivo de la rigidez del régimen matrimonial de separación de bienes y como alternativa, respecto de la mitad del bien adquirido por el esposo premuerto, a la sucesión *mortis causa*.

La adjunción a la compra del pacto de supervivencia supone el sometimiento del bien adquirido conjuntamente por los esposos a un régimen particular que –establecido, como es fácil de comprender, para la efectividad de la adquisición de la propiedad íntegra del bien por el esposo sobreviviente– mucho se asemeja al régimen que es propio de la denominada comunidad germánica. En efecto, el bien comprado conjuntamente por marido y mujer no se puede enajenar ni gravar sino por acuerdo de ambos esposos, ninguno de ellos puede transmitir su parte, ni tampoco se les consiente pedir la división del bien objeto de la compra.

El pacto de supervivencia, que es incompatible con un heredamiento que contuviera previsiones en sentido distinto, da lugar a la adquisición por el cónyuge superstite, a la muerte del otro, de la totalidad del bien en cuestión, si bien tal beneficio habrá de tenerse en cuenta a los efectos de la determinación, en su caso, de la legítima y, desde luego, de la cuarta marital.

El pacto de supervivencia pierde su eficacia o se extingue por acuerdo de los interesados, por renuncia del superviviente, en los supuestos de crisis matrimonial y en caso de embargo. Este último aspecto, así como el anteriormente señalado de haberse de tener en cuenta el pacto de supervivencia a los efectos de la legítima, sugieren que la regulación positiva de esta determinación negocial salva en todo caso los intereses de acreedores y legitimarios de los esposos. ■

O XURO DE MORA NA XESTIÓN TRIBUTARIA DE GALICIA*

Jaime Aneiros Pereira

Doutor en dereito. Profesor de dereito financeiro
e tributario da Universidade de Vigo

1. Introducción

A doutrina tradicional, a partir do dereito común, considera que a mora¹ nas obrigas de diñeiro prodúcelle sempre un dano ó acredor. Este dano concrétese nun lucro cesante e arranca da idea de que todo posuidor de diñeiro pode colocalo a xuro e obter determinados réditos que son sempre, no caso de falta de pagamento, un lucro cesante. Desta forma, o debedor déballe ó acredor o xuro do diñeiro, como xuro moratorio, e esta regra plasmouse no artigo 1.108 do Código civil, segundo o cal: «se a obriga consistise no pagamento dunha cantidade de diñeiro, e o debedor incorrese en mora, a indemnización de danos e perdas, ó non haber pacto en contra, consistirá no pagamento dos xuros convidados, e, a falta de convenio, no xuro legal».

* Este traballo foi desenvolvido ó abeiro do proxecto de investigación PGIDT 99PXI38102A da Secretaría Xeral de Investigación e Desenvolvemento sobre «La gestión tributaria de las Comunidades Autónomas: especial referencia a Galicia». Estando en prensa este artigo, foi publicada a Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, polo que o texto se adapta á nova lei no tocante ás referencias normativas.

¹ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1994, vol. 1º, 9ª ed., p. 174. Para este autor, co termo mora denomínase o «retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación (que ni impide ni hace inútil el cumplimiento tardío) del que es responsable de aquél».

A situación de mora significa, por un lado, que non se produciu un cumprimento puntual da obriga no momento establecido para iso, e, por outro, que, non obstante, a obriga pode aínda ser cumprida e que cumprida atrasadamente é idónea para satisfacer o dereito do acreedor². Precisamente por iso, a consideración de que o debedor se colocou en mora, non pretende outra cousa que protexer o interese dos acredores de diñeiro xa que quedan exonerados de probar que sufriron un dano, é dicir, establécese a presunción legal³ de que este se entende producido sempre que hai atraso, e, por iso, o xuro moratorio resarcirá os danos sufridos⁴.

Esta institución, estudada tradicionalmente no dereito civil, foi acoillida, tamén, na normativa tributaria que, partindo da súa regulación no ámbito do dereito de obrigas⁵, foi delimitando o seu réxime xurídico en función dos principios e condicionantes propios da actividade financeira do Estado⁶. En efecto, a Lei xeral tributaria, en adiante LXT, na súa redac-

² Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 620. O interese do acreedor diríxese primaria e centralmente cara ó ben que é obxecto da obriga –a suma de diñeiro– e só en forma menor cara ó *tempus solutionis*.

³ Vid. FALCÓN Y TELLA, R.; CASADO OLLERO, G. e SIMÓN ACOSTA, E., *Cuestiones tributarias prácticas*, La Ley, Madrid, 1990; No mesmo sentido, o propio FALCÓN Y TELLA, R., *Retraso culpable e intereses de demora en materia tributaria*, Cuadernos de Jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1991, p. 14; ALFONSO GALÁN, R.M., *Los intereses por retraso o demora a favor de la Hacienda Pública*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 82. Por outro lado, LÓPEZ MARTÍNEZ J., *Régimen jurídico de los llamados intereses moratorios en materia tributaria (un análisis de su ubicación dogmática en el seno de la deuda tributaria)*, Cívitas, Madrid, 1994, p. 134 estima que estamos ante un suposto de responsabilidade obxectiva.

⁴ Como puxo de manifesto DÍEZ-PICAZO, na doutrina civil obsérvanse dúas correntes verbo do atraso no cumprimento. Por un lado, aqueles para os que o atraso é xuridicamente intrascendente e, por outro, os que consideran que o atraso constitúe unha violación dos deberes que o debedor ten co acreedor e, polo tanto, desencadea algún tipo de responsabilidade. Neste último sentido, COLLADO YURRITA, M.A., «Los intereses de demora en la Ley General Tributaria», *Cívitas-REDF*, núm. 56, 1987, p. 496 entende que o xuro legal constitúe a indemnización de danos e perdas fixada polo Código civil. Igualmente, vid. CARRASCO PARRILLA, P.J., *Consecuencias del retraso en el pago de las deudas tributarias*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2000, p. 49.

⁵ Vid. MARTÍNEZ LAFUENTE, A., «El interés de demora en las relaciones tributarias» en VV.AA. *Estudios de Derecho Tributario*, IEF, Madrid, 1979, vol. I, p. 840: «... el interés de demora por retraso en el pago de cantidades líquidas, admite con facilidad los esquemas elaborados en el seno del Derecho privado, en el sentido de que el interés de demora se justifica por ser, por un lado, una compensación por el uso del capital ajeno y, por otro, una indemnización al acreedor por cuanto que la satisfacción de la deuda fuera de plazo lesiona el derecho de crédito». En idéntico sentido, vid. STS 2 de novembro de 1987.

⁶ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *El interés de demora en la Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 22. Con anterioridade pronunciárase SÁINZ DE BUJANDA, F., *Sistema de Derecho Financiero*, UCM, Madrid, 1985, p. 620. Igualmente, F.X. 9º STC 76/1990, do 26 de abril.

ción de 1963 contemplaba a aplicación do xuro de mora, exclusivamente, en relación cos aprazamentos e fraccionamentos, presupostos perfectamente comprensibles desde a análise do procedemento de xestión deseñado no articulado orixinario da nosa LXT⁷ xa que nos supostos de atraso no pagamento, postos de manifesto nas actuacións de comprobación e investigación, aplicaríase a recarga de prórroga e, no seu caso a de constrinximento.

Pois ben, como se verá máis adiante, a evolución normativa posterior supuxo unha progresiva xeneralización da esixencia do xuro de mora en tódolos supostos nos que a débeda non é ingresada nos prazos inicialmente previstos. Así, á esixencia de xuro de mora nos aprazamentos e fraccionamentos deben engadirselle os supostos de suspensión da execución do acto ou prórrogas de calquera tipo, accións tipificadas como infracción grave aínda que non sexan finalmente sancionadas por darse algunha causa de exclusión de responsabilidade, actuación conforme a unha consulta non vinculante, procedemento de constrinximento e outros supostos previstos na normativa tributaria que, xunto co establecido no artigo 61.3 da LXT, abarcan os supostos nos que se produce un atraso no pagamento da obriga tributaria.

Desde o noso punto de vista, a situación exposta ten relevancia para as comunidades autónomas por un dobre motivo. Por un lado, as normas reguladoras da cesión de tributos do Estado ceden o rendemento de determinados tributos, entendendo por rendemento cedido o importe da recadación líquida derivada das débedas tributarias, ou da parte cedida, correspondente ós feitos impositivos cedidos. Pois ben, nas leis de cesión, enténdese por débeda tributaria a constituída pola cota líquida mailas recargas previstas na alínea 3 do artigo 61 da LXT, o xuro de mora e as sancións⁸. Por outra parte, ademais do rendemento líquido deléganse competencias de liquidación, inspección e recadación sobre os tributos cedidos polo que serán os órganos xestores da Comunidade Autónoma os que apliquen os correspondentes xuros xirando as oportunas liquidacións⁹.

Neste contexto debe terse en conta a aprobación da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria (en diante, NLXT) que no seu artigo 26 pasa a regula-lo réxime xurídico dos xuros de mora, tal e como veremos nas páxinas seguintes. Ademais, debe terse en conta, tamén, o disposto

⁷ Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Régimen jurídico de los llamados «intereses moratorios» en materia tributaria (un análisis de su ubicación dogmática en el seno de la deuda tributaria)*, Cívitas, Madrid, 1994, p. 43.

⁸ Vid. artigo 3 da citada Lei 14/1996, do 30 de decembro e artigo 18 da actual Lei 21/2001, do 27 de decembro.

⁹ Vid. art. 46 da citada Lei 21/2001, do 27 de decembro.

no artigo 27 da NLXT para as recargas por declaración extemporánea sen requirimento previo e o novo réxime xurídico das recargas do período executivo que se contempla no artigo 28 da NLXT.

2. O xuro de mora no marco das competencias tributarias das Comunidades Autónomas

As comunidades autónomas poden exercitar sobre a materia tributaria dous tipos de competencias: as normativas e as competencias administrativas tendentes á aplicación dos tributos postas de manifesto nos procedementos de xestión, inspección e recadación. É neste dobre plano competencial no que se enmarca a Lei 21/2001 de cesión de tributos e ó que, por tanto, debe circunscribirse o noso estudio¹⁰. Vexamos, brevemente, se as comunidades autónomas poden regula-lo tipo de xuro de mora e cáles son as competencias administrativas que poden exercer sobre a materia.

O xuro de mora tributario artículase xuridicamente como unha obriga que consiste en darlle unha suma de diñeiro, nos supostos e contía fixados pola lei, a un ente público, que actúa como tal e que ten un dereito subxectivo de crédito sobre a dita suma de diñeiro que, por tanto, constitúe un ingreso público¹¹.

Non só pola súa orixe legal senón tamén en atención ó contido da mencionada obriga, que consiste nunha prestación patrimonial como consecuencia de non realiza-lo pagamento principal, así como polo seu réxime xurídico e destino de marcado carácter público¹², debe estar cuberta pola reserva de lei en que se concreta o principio de legalidade establecido no artigo 31.3 da Constitución¹³. Por tal razón, a lei debe determinar non só os supostos nos que procede senón tamén a súa contía, ben directamente ben a través da determinación dos elementos de cuantificación.

¹⁰ No mesmo sentido pronunciábase a anterior Lei de cesión, a Lei 14/1996, do 30 de decembro.

¹¹ Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero español*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 155 define os ingresos públicos como «las sumas de dinero que el Estado y los demás entes públicos perciben y pueden emplear en el logro de sus fines». Véxase o art. 26.1 da NLXT.

¹² Criterio apuntado por ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 69.

¹³ Vid. SARTORIO ALBALAT, S., *Ley General Tributaria e interés de demora*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 169 e 170 que trata de ver se en atención ó contido do precepto constitucional pode configurarse o xuro de mora como prestación patrimonial de carácter público e se, por tanto, o principio de legalidade despreza tódolos seus efectos. A conclusión é afirmativa pola proxección da STC 185/1995.

A doutrina a penas se encargou de estudia-lo concepto de prestación patrimonial de carácter público¹⁴, nin sequera a xurisprudencia constitucional interpretou a mencionada expresión do artigo 31 da Constitución senón que se limitaron a establece-lo ámbito de aplicación da reserva de lei. Sen embargo, é practicamente unánime o criterio doutrinal que entende que o xuro de mora é unha prestación patrimonial de carácter público e que, por conseguinte, debe estar cuberto por unha lei que determine os supostos nos que procede e a súa contía¹⁵.

Así o entenderon tamén Sartorio Albalat e Rodríguez Márquez trala sentenza do Tribunal Constitucional 185/1995, do 14 de decembro que declara a inconstitucionalidade parcial do artigo 24 da Lei de taxas e prezos públicos e que establece unha serie de conclusións xerais aplicables a tódalas prestacións patrimoniais de carácter público¹⁶.

No ámbito estatal, o xuro de mora prevese en dous preceptos distintos da LXT. Por un lado, o artigo 58.2 c) establece que o xuro de mora formará parte da débeda tributaria e fixa a súa contía na do xuro legal do diñeiro incrementado nun 25 por 100 salvo que as leis de orzamentos xerais do Estado establezan outro diferente, como realmente sucede na práctica. Por outro, o artigo 61.2 da mesma lei establece unha cláusula xeral de esixencia de xuro de mora, que se especifica noutros preceptos da lei e dos seus regulamentos de desenvolvemento –RXIT e RXR– así como na normativa propia de cada tributo. Este conxunto normativo é de aplicación ós tributos estatais que teñen o rendemento e a xestión cedidos ás comunidades autónomas pois así o establece o artigo 19 da Lei 21/2001, do 27 de decembro de cesión de tributos.

A nova Lei xeral tributaria mantén, no seu artigo 58, o xuro de mora dentro da débeda tributaria e, sen embargo, contén unha regulación máis detallada do réxime xurídico desta institución (concepto, contía, supostos de aplicación) no artigo 26.

¹⁴ Unha excepción destacada constitúea AGUALLO AVILÉS, A., *Tasas y precios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1992, pp. 214 a 266 ó fío da reserva de lei en materia de prestacións de carácter público.

¹⁵ Vid. MARTÍNEZ LA FUENTE, A., «El interés de demora en las relaciones tributarias» en VV.AA., *Estudios de Derecho Tributario*, Tomo I, IEF, Madrid, 1979, p. 860; VELÁZQUEZ CUETO, F.A., *El interés de demora tributario: una reflexión crítica*, Carta Tributaria Monografías, núm. 98, 1989, p. 2; PONT MESTRES, M., *El interés de demora según la sentencia del TC de 26 VI 1990 y algunas cuestiones conexas*, Carta Tributaria Monografías, núm. 125, 1990, p. 149; FALCÓN Y TELLA, R., *Retraso ...*, ob. cit., p. 11; LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 182. En sentido contrario, vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., ob. cit., p. 125 para quen «no está tan claro que el interés de demora esté amparado por el principio de reserva de ley».

¹⁶ Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 170 e ss; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 56 e ss. Nesta mesma liña pronunciouse máis recentemente, GOROSPE OVIEDO, J.I., *Consecuencias del impago de los tributos. Intereses, recargos y sanciones*, Madrid, La Ley, 2001, p. 44 e ss.

O artigo 156 da Constitución, e no mesmo sentido o artigo 42 do Estatuto de Autonomía de Galicia¹⁷, garanten a autonomía financeira das comunidades autónomas para o desenvolvemento e execución das súas competencias, establecendo os artigos 157.1 da Constitución e 44 do Estatuto os recursos dos que se nutre a Comunidade Autónoma. Agora ben, o feito de que se cedan determinados rendementos non significa que se ceda, igualmente, a capacidade normativa sobre eles. Pola contra, en materia autonómica a lei ordinaria non se caracteriza por un concepto formal senón que a peculiaridade radica nas materias en que a competencia lles corresponde ás comunidades autónomas¹⁸, polo que as leis autonómicas só poderán regular aquilo sobre o que asumiron competencias ou se estas lles foron transferidas.

Polo que respecta ós tributos cedidos, cédeuse o rendimento pero a propia lei de cesión encárgase de establecer en qué supostos se ceden competencias normativas¹⁹ polo que a competencia normativa plena límitase ós tributos propios. Desta forma, tanto a esixencia de xuro de mora como a súa contía nos supostos de tributos cedidos vén establecida pola lei propia de cada tributo e a LXT, excluindo calquera normativa autonómica sobre a materia, mentres que nos tributos propios de Galicia si existe a posibilidade de normativa propia aínda que non poderán establecerse diferenzas substanciais respecto ós tributos estatais.

O Tribunal Constitucional tivo oportunidade de pronunciarse sobre a competencia para establece-la contía do xuro de mora na STC 14/1986, do 31 de xaneiro con ocasión dun recurso contra a Lei de facenda xeral do País Vasco. O fundamento xurídico 11 da citada sentenza exprésase nuns termos que consideramos necesario reproducir. Sinala o intérprete da Constitución que «a determinación cuantitativa do xuro de mora destes créditos debe merecer un tratamento unitario en todo o territorio nacional ... ó consistir nun simple incremento da débeda tributaria, motivado pola falta de pagamento do crédito principal, ben se considere de cariz sancionador para o debedor, ou de resarcimento para o ente titular do crédito, non se advirte ningún motivo ou razón para que tal determinación cuantitativa oscile segundo cal sexa a entidade acreedora, senón que, pola contra, debe garantírselles ós administrados, un tratamento co-

¹⁷ Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., «Comentario al artículo 42 del Estatuto de Autonomía de Galicia» en VV.AA., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, MAP, Madrid, 1991, p.791.

¹⁸ Vid. PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 195 e 196.

¹⁹ Vid. art. 13 da Lei 14/1996, do 30 de decembro e 10 da 8/1980, do 22 de setembro de financiamento das comunidades autónomas no que se establece que son tributos cedidos os establecidos e regulados polo Estado nos cales o produto lle corresponde á Comunidade Autónoma.

mún, de conformidade co disposto no 149.1.18 da CE, sobre competencia exclusiva do Estado sobre as bases de réxime xurídico das administracións públicas»²⁰.

Polo que respecta a Galicia, o artigo 21 do Texto refundido de réxime financeiro e orzamentario establece que «as cantidades que se lle deben á Facenda da Comunidade Autónoma reportarán xuros de mora desde o día seguinte ó do seu vencemento».

A redacción orixinaria deste mesmo precepto cuantificaba o xuro de mora sinalando que «o tipo de xuro aplicable será o que lle corresponda en aplicación do disposto no artigo 58.2 da Lei xeral tributaria» e aplicábase a tódolos recursos da Facenda autonómica tanto tributarios (tributos propios e cedidos) como non tributarios (transferencias do Estado, ingresos dos particulares en concepto de prezos públicos ou privados, multas, legados, etc.).

A existencia do xuro de mora tributario ós ingresos tributarios, xa procedan de tributos propios xa de tributos cedidos, non supón ningún problema. Polo que se refire ós tributos propios o tipo coincide co fixado na LXT que actúa, en todo caso, como dereito supletorio. Desta forma, o Imposto sobre a contaminación atmosférica, o canon de saneamento, o Imposto sobre o xogo, as contribucións especiais e as taxas aplicarán o xuro de mora tributario tanto pola supletoriedade da LXT como pola referencia expresa do artigo 21 da lei galega.

Pola contra, a existencia do xuro de mora tributario a ingresos que non teñen tal carácter supoñía unha contía superior á do xuro legal e, por tanto, unha diferenza importante co establecido no ámbito estatal polo artigo 36 da L XO sen que parece existir título competencial habilitante para tal regulación. Por iso, este réxime xurídico foi modificado polo artigo 3 da Lei 8/1999, do 30 de decembro do Parlamento de Galicia, de medidas fiscais e orzamentarias. A redacción establecida por esta norma legal sinala que «o xuro de mora será o xuro legal do diñeiro... sen prexuízo do establecido en leis especiais». Desta forma iguálase o tratamento das débedas tributarias e non tributarias estatais e autonómicas.

Ademais, o precepto citado non sinala xa que se percibe xuro de mora polos «conceptos recollidos neste capítulo», que son tódolos recursos da Facenda autonómica, senón que se fala das cantidades debidas á Facenda autonómica, o cal supón unha mellora técnica e de redacción importante.

Dito isto, debemos deternos brevemente en qué se entende por procedemento de xestión tributaria. Pois ben, a LXT non ten un concepto

²⁰ Criterio seguido posteriormente pola STC 81/2003, do 28 de abril en relación co recurso de inconstitucionalidade da Lei valenciana de facenda pública (nota introducida co traballo xa enviado para publicación).

único de xestión senón que se refire a tres concepcións diversas. En efecto, o artigo 9.1 c) da citada lei contén o concepto reducido de xestión, pois comprendería unicamente a liquidación, e excluiría a inspección, recadación e as reclamacións económico-administrativas. Pola contra, o artigo 90 refírese a un concepto amplo que incluíría a liquidación e recadación, excluindo unicamente a resolución de reclamacións. Finalmente, dun estudio sistemático do título III despréndese un concepto de xestión que abarcaría soamente as actividades de comprobación, investigación e proba.

Como sinalou a profesora Pita Grandal, «tradicionalmente se ha dividido el procedimiento de gestión en tres fases. Una primera de iniciación, por declaración del sujeto pasivo, de oficio o por actuación investigadora de los órganos administrativos; una segunda fase integrada por la actividad de comprobación de la declaración, y una tercera fase de finalización que, en general, se identifica con la liquidación»²¹ pero o certo é que dun procedemento baseado na declaración por parte dos contribuíntes dos feitos impositivos realizados e da correspondente liquidación administrativa pasouse a un sistema de declaración, autoliquidación e pagamento polos contribuíntes²². Por iso pode dicirse que o procedemento de xestión non se estrutura necesariamente nunha destas tres fases, senón que pode afirmarse que todo o *iter* aplicativo do tributo pode substanciarse nunha única fase: a presentación da autoliquidación ou a liquidación administrativa derivada das actuacións de comprobación administrativa.

En definitiva, o realmente esencial é que no ordenamento tributario quérese que o contribuínte cumpra coas súas obrigas tributarias de forma espontánea, realizando a maior parte das actividades dirixidas á aplicación do tributo. Pero a lei tamén quere reservarlle á Administración a posibilidade de comprobar ou verifica-lo cumprimento das obrigas do suxeito pasivo²³ e isto tanto polo que respecta á declaración como á liquidación ou ó ingreso tan intimamente ligados debido á xeneralización das autoliquidacións. Desta forma, resultaría admisible utiliza-lo

²¹ Vid. PITA GRANDAL, A.M., *La prueba en el procedimiento de gestión tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 44.

²² Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., «El principio de legalidad. Facultades de la Administración en materia de determinación de tributos» en *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el Derecho Financiero y Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 51.

²³ Vid. PITA GRANDAL, A.M., *ob. cit.*, p. 46. Sobre a atribución de competencias comprobadoras ós órganos xestores, *vid.*, da mesma autora, «La atribución de competencias en materia de comprobación e investigación tributarias», *Cívitas-REDF*, núm. 92, 1996, p. 621 e ss e, igualmente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I., *La comprobación de hechos por la Inspección de los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

termo xestión incluíndo, ó lado da liquidación e inspección, a recadación como fase específica do procedemento de xestión²⁴.

O artigo 117 da NLXT vai regula-las funcións que se exercen no procedemento de xestión e deixa á marxe as propias do procedemento de inspección e recadación. Con todo, pódese dicir que o termo xestión é empregado pola LXT e maila Lei de cesión de tributos nun sentido amplo, que é o que nós acollemos neste traballo.

Pois ben, para tódolos supostos de non cumprimento puntual da obriga tributaria prevese a esixencia de xuros de mora²⁵ que serán liquidados polos órganos xestores, inspectores ou recadadores que controlen a concreta fase do procedemento aplicativo do tributo; a súa competencia, por aplicación da Lei 21/2001, do 27 de decembro, atribúeselles en determinados impostos ás comunidades autónomas.

3. Concepto e natureza

A doutrina puxo de manifesto a dificultade de acadar un concepto xa que, se ben resulta fácil nun plano abstracto, defini-lo que é o xuro de mora, non o é tanto se atendemos á súa evolución normativa e á súa regulación actual²⁶. Os criterios que se deben utilizar para o cabal entendemento da institución oscilan entre os que se moven nun plano lóxico e os derivados do exame das normas positivas²⁷.

²⁴ Vid. LÓPEZ DÍAZ, A., *La recaudación de las deudas tributarias en la vía de apremio*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 35; ARIAS VELASCO, J., e SARTORIO ALBALAT, S., *Procedimientos Tributarios*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 49; FERNÁNDEZ PAVÉS, M^a. J., «Administración y gestión tributaria» en VV.AA. *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, IEF, Madrid, 1991, p. 1301.

²⁵ A relevancia inicial das recargas de prórroga e constrinximento foi perdendo protagonismo a favor dos xuros de mora. Un importante estudio sobre as recargas de prórroga e constrinximento pode verse en SOLER ROCH, M.T., *Los recargos de prórroga y apremio en los tributos de la Hacienda Pública*, IEF, Madrid, 1975.

²⁶ Vid., por todos, RAMALLO MASSANET, J., no *Prólogo* á obra de LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Régimen jurídico ...*, ob. cit., p. 13: «si bien uno sabe qué es el interés de demora -sus requisitos, su finalidad o su razón de ser-, probablemente dejará de saberlo en cuanto se lo pregunten y deba responder a ello. En la medida en que la evolución legislativa vaya utilizando indistintamente institutos jurídicos para finalidades que no le son propias, se hace muy difícil que, al final, cuando nos lo preguntan, podamos decir cual es el contorno y contenido de cada una de ellas».

²⁷ Vid. ALFONSO GALÁN, R.M., *Los intereses por retraso o demora a favor de la Hacienda Pública*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 27 a 62. Nestas páxinas, examina a autora os distintos sentidos etimolóxicos da palabra «interés», o seu sentido na historia e o seu concepto no dereito civil. Igualmente, vid. GOROSPE OVIEDO, J.I., *Consecuencias del impago de los tributos. Intereses, recargos y sanciones*, La Ley, Madrid, 2001, p. 38 onde analiza as notas comúns de tódalas consecuencias ligadas ó incumprimento da obriga tributaria.

En relación cos primeiros, o criterio teleolóxico desempeña un importante papel tanto para delimita-lo concepto como para entende-la súa regulación normativa²⁸. Con carácter xeral pode dicirse que a finalización do prazo previsto na norma sen que o pagamento se realizara determina o incumprimento da obriga ou, o que é igual, utilizando as clásicas palabras de Berliri, «no cumple, en sentido amplo, tanto aquél que no cumple como el que cumple de modo diverso al establecido como, en fin, el que cumple con retraso (...) en sentido más restringido, y casi diríamos más técnico, no cumple aquél que no cumple absolutamente nada y, correlativamente, la expresión incumplimiento únicamente designa la falta total de cumplimiento, mientras que el ingreso tardío o imperfecto cumplimiento se conocen como casos de inexacto cumplimiento»²⁹.

Trasladado este razoamento ó noso dereito positivo, unha primeira aproximación conduciríanos ós tipos de infracción previstos nos artigos 78 e 79 da LXT³⁰ (191 a 206 NLXT) xa que, certamente, a falta de pagamento dos tributos en tempo e forma constitúe un ilícito por transgredilo deber de contribuír ó sostemento dos gastos públicos, e por tanto debería incluírse na parte represiva da materia tributaria. En efecto, o sistema tributario existe para ser aplicado e, por esta razón, artículase a través de normas imperativas; á súa vulneración xúntaselle unha consecuencia desfavorable con finalidade preventiva e represiva. Unha e outra deben estar expresamente previstas na lei. Sen embargo, existe outro aspecto, que é a lesión patrimonial que sofre a Facenda polo ingreso tardío³¹. Pese a que, en ocasións se utiliza a expresión sanción de tipo indemnizador para referirse ós xuros³², é precisamente esta finalidade a que nos permite di-

²⁸ Este foi o criterio proposto non só para comprende-lo concepto dos xuros de mora senón tamén para «procurar su correcta regulación legislativa y después su aplicación administrativa y jurisdiccional» por GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., «El interés de demora en materia tributaria», *CT*, núm. 55, 1985, p. 113.

²⁹ Vid. BERLIRI, A., *Principios de Derecho Tributario II*, Edersa, Madrid, 1971, (tr. Amorós Rica e Glez. García), p. 515.

³⁰ Vid. CAÑAL GARCÍA, F., «Falta de cumplimiento en plazo de obligaciones tributarias», *QF*, núm. 13, 1999, p. 9. Hai que advertir que a reforma de 1985 consideraba infracción grave, sancionada con multa do medio ó triple da débeda non ingresada, a falta de ingreso en prazo das débedas autoliquidadas (vid. ESEVERRI MARTÍNEZ, E., «El ingreso extemporáneo de las deudas autoliquidadas», *CT*, núm. 61, 1992, p. 17). Este feito foi criticado pola doutrina (vid., por todos, ZORNOZA PÉREZ, J.J., *El sistema de infracciones y sanciones. Principios constitucionales del Derecho Tributario Sancionador*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 23) xa que supoñía a confusión dos medios de coacción forzosa coas sancións.

³¹ Vid. GIULIANI FONROUGE, C.M. e NAVARRINE, S.C., *Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social*, Depalma, Buenos Aires, 7ª ed., 1999, p. 283.

³² Vid. VILLEGAS, H.B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1999, 7ª ed., p. 301.

ferencia-lo xuro de mora das sancións impostas nos casos en que a débeda non se ingresou no prazo previsto, xa que estas non teñen natureza indemnizadora senón preventivo-represiva³³.

Noutras palabras, os xuros de mora e as sancións teñen en común o feito de ser medidas previstas para o caso de incumprimento de obrigas e deberes tributarios e, por iso, a actuación *post factum*. Sen embargo, diferéncianse polo feito de que mentres as sancións non tratan de altera-la situación que se produciu, senón de previr futuros incumprimentos a través do castigo exemplar do seu autor, os xuros, en cambio, son un dos medios previstos polo ordenamento para repara-lo dano que se produciu³⁴. En efecto, o presuposto das sancións consiste na comisión dunha infracción e, pese a que con elas tamén se logra un ingreso público³⁵, a súa finalidade non é nin contribuír ó sostemento dos gastos públicos nin indemniza-lo prexuízo causado³⁶ ó interese xeral senón, por un lado, castiga-la vulneración do ordenamento xurídico e, por outro, previ-la comisión de futuras infraccións tanto por parte do seu autor como polo resto dos cidadáns. Por iso, pouco teñen que ver cos principios e cos pro-

³³ A natureza penal das sancións tributarias ou, dito doutra forma, a súa finalidade preventivo-represiva, foi inicialmente formulada por SÁINZ DE BUJANDA na súa obra *Hacienda y Derecho*, IEP, Madrid, 1967, p. 523 e sostida pola maioría da doutrina, vid. por todos PÉREZ ROYO, F. e AGUALLO AVILÉS, A., *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 217. Sen embargo, o propio SÁINZ DE BUJANDA incluía o xuro de mora como segunda modalidade de sanción con finalidade indemnizadora nos supostos de mora (vid. *Sistema de Derecho financiero*, UCM, Madrid, 1985, p. 621). O criterio da finalidade indemnizadora foi utilizado por SOLER ROCH, M.T., *Los recargos de prórroga y apremio en los tributos de la Hacienda Pública*, IEF, Madrid, 1974, p. 59 para distingui-lo tributo das sancións pecuniarias e estas dúas figuras de «otras prestaciones cuya finalidad no es la de castigar la infracción sino indemnizar, resarcir o compensar al acreedor, ente público».

³⁴ O art. 86 da LXT na súa redacción orixinaria sinalaba que «non terán a consideración de sancións, e serán compatibles con elas, os xuros de mora e demais recargos aplicables por mora, aprazamento e constrinximento». Isto, como puxo de manifesto CORDERO GARCÍA, J.A., *La condonación en el ámbito tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 190, significaba excluí-la condonación graciable dos xuros de mora.

³⁵ O profesor FERREIRO sinala a condición de ingreso público das cantidades procedentes das sancións pecuniarias pero «el fin específico de las sanciones implica, como es lógico, un régimen jurídico distinto al del resto de los ingresos públicos y de los institutos que dan lugar a ellos (vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Madrid, 1999, 21ª ed., p. 178). No mesmo sentido JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 705.

³⁶ Vid. GARCÍA NOVOA, C., «Las consecuencias del impago del tributo tras la reforma de la Ley General Tributaria», *Impuestos*, núm. 19, 1996, p. 17 onde sinala que «las sanciones serán compatibles con los intereses de demora, porque es posible exigir junto con una multa pecuniaria, una sanción civil, con finalidad indemnizatoria o resarcitoria». Obsérvese que o concepto sanción é usado aquí nun sentido amplo equivalente a toda consecuencia negativa ligada ó incumprimento.

cedementos tributarios³⁷. A xurisprudencia así o entendeu pois como manifesta a STS do 5 de setembro de 1991, «desde outra perspectiva, non teñen carácter sancionador, como advertía a redacción orixinaria do artigo 78 da Lei xeral tributaria (...) se se recorda que precisamente polo seu diverso talante son compatibles en todo caso os xuros e as sancións, que á súa vez funcionan con total independencia recíproca».

Por outra parte, debe dicirse que a distinción coas recargas establecidas na alínea terceira do artigo 61 da LXT (art. 27 NLXT) non resulta fácil e así o demostra o importante debate doutrinal producido ó redor da súa natureza³⁸ e que oscila entre o carácter sancionador destas³⁹ e a súa configuración como categoría intermedia⁴⁰, ó criticarse esa pretendida finalidade mixta indemnizadora e sancionadora⁴¹. Pola súa finalidade e contido aproxímanse ás sancións e, en certa medida, poden cualificarse como equivalente funcional da sanción. Por outra parte, o seu método de cálculo afástaos dos xuros de mora pero non así dos supostos nos que resultan esixibles, chegando a substituílos configurándose como o suplemento da prestación debida ó ente público prevista polo ordenamento en certos casos relacionados coa satisfacción do crédito tributario⁴² e, mesmo, cando o atraso no ingreso da prestación debida é superior a doce meses, son compatibles cos xuros de mora.

³⁷ Vid. PÉREZ ROYO, F. e AGUALLO AVILÉS, A., ob. cit., p. 165; PONT I CLEMENTE, J.F., «Separación en vía de comprobación e investigación por la Inspección Tributaria del procedimiento de liquidación respecto del procedimiento sancionador», *RTT*, núm. 27, 1994, p. 75 e ss.; ESEVERRI MARTÍNEZ, E., «Procedimiento de liquidación tributaria y procedimiento sancionador tributario», *RTT*, núm. 28, 1995, p. 75; FALCÓN Y TELLA, R., «Un giro trascendental en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con incidencia inmediata en el procedimiento inspector: el derecho a no declarar», *QF*, núm. 22, 1995, p. 5.

³⁸ Un resumo das opinións acerca da natureza das recargas pode verse en BALLARÍN ESPUÑA, M., *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 245 e ss.

³⁹ Vid. PÉREZ ROYO, F. e AGUALLO AVILÉS, A., ob. cit., p. 195 e ss.; BALLARÍN ESPUÑA, M., ob. cit., p. 265; ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 128; MORILLO MÉNDEZ, A., «Los recargos en la Ley General Tributaria: tipología, naturaleza y compatibilidades», *Impuestos*, núm. 23, 1995, p. 8; GARCÍA NOVOA, C., ob. cit., p. 36; ZORNOZA PÉREZ, J.J., *El sistema de infracciones y sanciones (los principios constitucionales del Derecho sancionador)*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 225; GOROSPE OVIEDO, J.I., *Consecuencias del impago de los tributos. Intereses, recargos y sanciones*, La ley, Madrid, 2001, p. 150, entre outros.

⁴⁰ Vid., MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J.; GALÁN SÁNCHEZ, R.M. e RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., «Los ingresos por declaración extemporánea», *RCT-EF*, núm. 161-162, 1996, p. 27 e ss. No mesmo sentido, vid. CARRASCO PARRILLA, P.J., *Consecuencias del retraso en el pago de las deudas tributarias*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2000, p. 202.

⁴¹ Vid. CAÑAL GARCÍA, E., «Falta de cumplimiento en plazo de obligaciones tributarias», *QF*, núm. 13, 1999, p. 15; PONT MESTRES, M. e PONT I CLEMENTE, J.F., *Análisis de la Ley 25/1995 de modificación de la LGT*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 97.

⁴² Cfr. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 33.

Polo que se refire á recarga de constrinximento, o dereito a percibila prodúcese unha vez que se inicia o período executivo; debemos sinalar, seguindo ó profesor Pérez Royo, que «la finalidad de este recargo no es sancionadora ni indemnizadora del perjuicio causado a la Administración por el retraso en el pago sino más bien la de compensar los gastos ordinarios de la apertura de un nuevo procedimiento para el cobro de la deuda tributaria»⁴³. En efecto, o exercicio da vía executiva intenta elimina-los prexuízos causados pola falta de ingreso das cantidades debidas, o cal supón a realización dunha serie de gastos que deben ser indemnizados para mante-la integridade da prestación tributaria. Non obstante, un sector da doutrina configúrao como unha sanción debido á súa regulación positiva, da que se desprende o seu carácter automático⁴⁴, de forma que é independente de se se realizou algunha actividade administrativa ou non, e polo elevado da súa contía⁴⁵.

Precisamente, estas consideracións tivéronse en consideración na nova Lei xeral tributaria, de xeito que o artigo 28 contempla tres tipos de recargas de período executivo: a recarga executiva, que será do 5% cando se ingrese a débeda antes da recepción da notificación da providencia de constrinximento; a recarga de constrinximento reducida, que será do 10% cando se ingrese a débeda nos prazos fixados no procedemento de constrinximento e, finalmente, a recarga de constrinximento ordinaria, que será do 20% no resto dos casos.

Pois ben, unha vez fixado o cadro lóxico de figuras previstas polo ordenamento para o suposto de falta de cumprimento tempestivo da obriga e a individualización do xuro de mora como medio para resarcilo acredor do atraso sufrido no cobro do crédito, debemos descender ó plano do dereito positivo para coñece-la súa configuración normativa⁴⁶.

⁴³ Vid. PÉREZ ROYO, I., «El tiempo en el pago de la obligación tributaria» en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, IEF, Madrid, 1991, p. 988. Os gastos extraordinarios virían representados polas custas do procedemento de constrinximento reguladas no artigo 153 do Regulamento xeral de recadación, en canto gastos non debidos ó funcionamento da Administración senón doutros suxeitos.

⁴⁴ En sentido contrario maniféstase HINOJOSA TORRALVO, J.J., «Los aspectos temporales del pago de la deuda tributaria en la Ley 25/1995», *Impuestos*, núm. 18, 1995, p. 48 a 53.

⁴⁵ Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 209; ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 130. Por outra parte, non faltaron opinións sobre a natureza da recarga de constrinximento que van desde unha natureza indemnizadora a unha sancionadora pasando por unha mixta e, incluso, a súa configuración como taxa pola prestación dun servicio (Vid. SOLER ROCH, M.T., ob. cit., p. 140 e ss; LÓPEZ DÍAZ, A., *La recaudación de las deudas tributarias en vía de apremio*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 134 a 137, entre outros).

⁴⁶ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Los intereses moratorios a favor de la Hacienda*, Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 19: «al margen de la discusión del valor de los antecedentes históricos (...) en la presente ocasión (...) no es un complemento de erudición, sino exigencia de clarificación conceptual obligada».

O antecedente da esixencia de xuros de mora encontrábase no artigo 16 da Lei sobre administración e contabilidade de 1911⁴⁷ pero, como xa se dixo, no ámbito especificamente tributario, a LXT, na súa redacción orixinaria de 1963, estableceu, como integrante da débeda tributaria, a esixencia de xuros de mora para os supostos de aprazamentos e fraccionamentos⁴⁸. Isto gardaba coherencia co procedemento de xestión existente posto que noutros supostos nos que non se producía o ingreso no prazo fixado esixíase a recarga de prórroga ou a de constrinximento.

Anos máis tarde, o Decreto-lei 6/1974, do 27 de novembro establece un novo suposto de esixencia de xuro de mora que comprende o lapso de tempo transcorrido desde a terminación do prazo de presentación da correspondente declaración ata a data de incoación da acta de omisión ou defraudación⁴⁹. Agora ben, non foi o feito da ampliación dos supostos de aplicación a nota máis importante do mencionado decreto senón que, por un lado, abandónase o concepto de xuro legal do diñeiro para referirse ó básico do Banco de España, de contía superior ó legal e dependente da súa fixación administrativa en cada momento, e, por outro, o cómputo do tempo que podía dar lugar á aplicación de dous tipos distintos, sobre todo nos aprazamentos e fraccionamentos⁵⁰.

A entrada en vigor da Lei xeral orzamentaria (LXO), do 11 de xaneiro de 1977, supuxo outro importante fito na evolución normativa do xuro de mora, xa que o seu artigo 36 prevía que «as cantidades adebedadas á Facenda pública polos conceptos contemplados neste capítulo producirán xuro de mora desde o día seguinte ó do seu vencemento». Isto supuxo a inclusión dunha cláusula xeral, aínda vixente, de esixencia de xuros polo atraso no ingreso, por calquera concepto, das cantidades adebedadas e, por conseguinte, a xeneralización da esixencia do xuro de mora a tódolos supostos de tardanza no ingreso das débedas das que resulta acreedora a

⁴⁷ O artigo 16 da Lei sobre administración e contabilidade de 1911 establecía: «A Facenda pública ten dereito ó xuro legal sobre o importe dos alcances, malversacións e desfalcos dos seus fondos, a partir do día no que se irroque o prexuízo».

⁴⁸ A doutrina encargouse de poñer de manifesto a coherencia da regulación inicial do xuro de mora co procedemento de xestión existente. Vid. VELÁZQUEZ CUETO, F.A., *El interés de demora tributario: reflexión crítica*, CaT, Monografías, núm. 98, 1989, p. 2; PONT MESTRES, M., *El interés de demora en la sentencia del TC de 26 de abril de 1990*, CaT, Monografías, núm. 125, 1990, p. 2; LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 43; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 33.

⁴⁹ Quedaban fóra da aplicación dos xuros de mora os expedientes de rectificación nos que non se poñía de manifesto a culpabilidade do suxeito na falta de ingreso.

⁵⁰ Problema que foi resolto no sentido de considerar que a liquidación relevante para os efectos de determina-lo tipo aplicable era a da cota (vid. CONDE CONDE, M., «El Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1974 y el interés de demora», CT, núm. 13, 1975, p. 13. Este foi o criterio acollido posteriormente pola LXO aclarando así as dúbidas na aplicación anterior do precepto).

Facenda pública, ocasionando con isto o problema da súa aplicación máis alá dos supostos concretos previstos pola LXT. Sen embargo, para as débedas tributarias debía, e debe, entenderse aplicable, en virtude da existencia de regulación propia, o xuro de mora do artigo 58 desta última lei⁵¹. Ademais, mantense a aplicación do xuro básico⁵² do Banco de España e determínase o vencemento no día seguinte á finalización do período voluntario.

O mesmo ano da promulgación da LXO, a Lei 50/1977, do 14 de novembro sobre medidas urxentes de reforma fiscal estableceu outro suposto de aplicación do xuro de mora para os suxeitos que se sometesen ás medidas de regularización voluntaria en canto que as declaracións complementarias espontáneas e extemporáneas non levarían aparelado nin sancións nin recargas, senón só xuro de mora.

Na década dos oitenta, a Lei 24/1984, do 24 de xuño actualizou o xuro legal do diñeiro debido á súa regulación obsoleta e favorecedora de todo tipo de incumprimentos⁵³. A novidade máis importante desta lei é a posibilidade de que o xuro de mora sexa fixado pola Lei de orzamentos. Sen embargo, a reforma máis importante⁵⁴ para a configuración normativa desta figura vén dada pola Lei 10/1985, do 26 de abril xa que a mencionada lei pretendía dota-la figura que estamos analizando dos seguintes caracteres: disuasorio, sinxelo, claro e fácil de aplicar, a favor e en contra do tesouro, determinable por un organismo público, susceptible de variación periódica coñecida polo público⁵⁵.

Son estes os caracteres que se poden predicar, aínda hoxe, da regulación legal do xuro de mora, se ben debe engadirse que se consolida o carácter automático da mora e a esixencia de xuros en tódolos supostos

⁵¹ Vid. LÓPEZ DÍAZ, A., «Cuota y deuda tributaria» en VV.AA., *Comentarios a la Ley General tributaria y líneas para su reforma*, IEF, Madrid, 1991, vol. I, p. 944.

⁵² Ata xaneiro de 1998 estivo en vigor o denominado «tipo básico do Banco de España», establecido por OM 21-7-1969, e que foi modificado, por última vez, pola OM 23-7-1977 que o fixou no 8%. A Lei 66/1997, do 31 de decembro de medidas fiscais administrativas e de orde social deroga o mencionado tipo básico, e débese entender, no sucesivo, as referencias efectuadas na lexislación vixente ó xuro legal do dinero.

⁵³ En efecto, a Lei do 7 de outubro de 1939 estableceu o xuro legal do diñeiro no 4%, tipo que aparecía como desfasado polas condicións económicas da década dos oitenta. Con esta reforma equiparouse o tipo de xuro legal e o de mora tributario, e determinouse por referencia ó tipo básico do Banco de España vixente no día en que comece a percepción daquel. Vid. CARBAJO VASCO, D., «Interés legal del dinero e interés de demora», *CT*, núm. 53, 1985, p. 45.

⁵⁴ Non debe esquecerse a reforma operada polo Real decreto 338/1985, do 15 de marzo que, modificando o artigo 59 do Regulamento xeral de recadación, estableceu a esixencia de xuros de mora en caso de resolución denegatoria do aprazamento desde a finalización do prazo de ingreso en período voluntario ata a data da resolución denegatoria. Este real decreto tamén incrementou a contía da recarga de prórroga.

⁵⁵ Vid. CARBAJO VASCO, D., *ob. cit.*, p. 49.

nos que o ingreso se efectúa nun momento posterior ó que correspondería⁵⁶, criterio que se reafirma nas modificacións efectuadas polo Real decreto 2631/1985, do 18 de decembro co fin de esixir xuros de mora nos expedientes de rectificación sen sanción e nos casos de suspensión se a reclamación resultaba desestimada. Unha nova modificación produciuse pola vía da Lei 46/1985, do 27 de decembro de orzamentos xerais do Estado para o ano 1986 que, en cumprimento do previsto na Lei 24/1984 e 10/1985, situou a contía do xuro de mora no xuro legal do diñeiro incrementado nun 25% e impuxo, pola modificación do art. 61.2 da LXT, que o resultado de aplica-lo xuro de mora non poderá ser inferior ó 10% da débeda tributaria⁵⁷, contía que, posteriormente a Lei 21/1986, do 23 de decembro de orzamentos xerais do Estado para 1987, fixo compatible coa da recarga de constrinximento.

Finalmente, coa Lei 25/1995, do 20 de xullo de modificación da Lei xeral tributaria introduciuse unha cláusula xeral de esixencia do xuro de mora, xunto con supostos específicos, en tódolos casos de ingreso extemporáneo no sentido de que o vencemento do prazo establecido para o pagamento, sen que este se efectúe, determinará o dereito á percepción de xuros de mora. A ausencia dunha formulación xeral foi posta de manifesto polo profesor Palao Taboada xa que a regra fora a contraria, é dicir, o da súa esixencia en supostos concretos previstos pola lei, pese á existencia da cláusula xeral do artigo 36 da LXO⁵⁸. Sen embargo, a novidade máis importante refírese ó seu método de cálculo xa que se pasa dun sistema, que aplicaba un único tipo de xuro durante todo o atraso no cumprimento da obriga tributaria, a outro sistema que acolle as oscilacións sufridas polo tipo de xuro durante todo o período polo que resulta esixible⁵⁹.

⁵⁶ Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 49.

⁵⁷ A reforma operada no ano 1985 supuxo unha clara falta de coherencia que foi criticada pola doutrina en canto que non só modificaba a propia cuantificación dos xuros de mora, senón tamén a súa propia natureza. Vid., por todos, PEDRAZA BOCHÓNS, J.V., «Ingresos fuera de plazo sin requerimiento previo», *Ciss Comunicación*, núm. 44, 1987, p. 25 e ss. Este autor preguntábase se adquirirían natureza sancionadora os xuros de mora e se eran equiparables á recarga de prórroga ou se supoñían unha restauración desta.

⁵⁸ A ausencia dunha formulación xeral na lexislación anterior foi posta de manifesto por PALAO TABOADA, C., «Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio de modificación parcial de la Ley General Tributaria», *RCT-EF*, núm. 161-162, p. 47; Igualmente, MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J., «Intereses de demora y expedientes de rectificación en la reciente jurisprudencia», *Civitas-REDF*, núm. 73, 1992, p. 154. Doutra parte, a alínea primeira do citado artigo tamén foi mellorada no sentido de facela máis respectuosa co principio de reserva de lei e co preceptuado polas normas de cada tributo (vid. PEÑA ALONSO, J.L. e CORCUERA TORRES, A., *La Reforma de la Ley Xeral Tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 43).

⁵⁹ Vid. MORENO FERNÁNDEZ, J.I., «El interés de demora», en VV.AA, *La Reforma de la Ley General Tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 165.

Por outra parte, a Lei 1/1998, do 26 de febreiro de dereitos e garantías dos contribuíntes incidiu na materia igualando a posición do contribuínte e da Administración debedora de forma que cando é esta a que debe pagar xuros, nos supostos de devolución de ingresos indebidos e de devolución de oficio, deberá aboa-lo xuro de mora tributario e non o xuro legal do diñeiro, sempre menor⁶⁰.

Así pois, nunha primeira aproximación, podemos defini-lo xuro como a retribución do capital monetario utilizado por unha persoa durante un determinado lapso de tempo⁶¹. Este concepto, de carácter descritivo e de orixe económica, aproxímanos á súa verdadeira finalidade, que non é outra que repara-lo prexuízo sufrido por un acredor que non viu satisfeito o seu crédito no prazo fixado para iso. É dicir, o xuro de mora polo atraso no cumprimento da obriga trata de compensa-lo dano que, para o correcto funcionamento da Administración, supón a falta de dispoñibilidade das cantidades debidas a título de tributo no prazo establecido.

Por tanto, no ámbito da actividade financeira dos entes públicos non se repara a perda da retribución dun capital sometido a un xuro, senón o prexuízo sufrido no normal desenvolvemento da actividade administrativa pola falta de disposición dos ingresos que deben destinarse, na contía e prazos fixados, á satisfacción dos gastos públicos, de forma que o verdadeiro prexuízo repercute na vertente do gasto da actividade financeira pública. Así o expresou tamén a xurisprudencia e, concretamente, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 15 de outubro de 1996 ó sinalar que «o abono do xuro de mora en materia tributaria é unha figura xurídica que, como variedade da acción de resarcimento, trata de compensar, de acordo co módulo obxectivo do custo financeiro, o prexuízo consistente na indispoñibilidade de cantidades de diñeiro que foran legalmente debidas».

En conclusión, pode dicirse que o xuro de mora se configura como a medida indemnizadora específica para aqueles supostos nos que non se produce o ingreso debido no prazo fixado, como resultado de aplica-lo

⁶⁰ Vid. arts. 10 e 11 da Lei 1/1998.

⁶¹ A Real Academia Española define o «interés» como «provecho, utilidad, ganancia» e, máis concretamente, como o «lucro producido por el capital» (vid. DRAE, Gualflex, Madrid, 1992). DÍEZ PICAZO entende que «son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero» e disto extrae dúas consecuencias: «es una deuda que consiste en el pago de una suma de dinero» e «es una obligación accesoria de la obligación principal de restitución o de entrega del capital disfrutado o utilizado» (vid. *Fundamentos ...*, ob. cit., p. 282). A STS do 24 de xaneiro de 1995 define o xuro de mora como «a figura xurídica que como variedade da acción de resarcimento trata de compensar consonte ó módulo obxectivo do custo financeiro o prexuízo consistente na indispoñibilidade de cantidades de cartos que foran legalmente debidas».

tipo vixente, fixado pola Lei de orzamentos, durante o tempo no que non se produce o ingreso ás cantidades adebedadas.

O artigo 26 da NLXT establece que o xuro de mora é unha prestación accesoria que se lles esixirá ós obrigados tributarios e ós suxeitos infractores nos supostos que enumera. Con isto estase configurando o concepto de xuro de mora tributario a través da exposición dos seus caracteres, pois trátase dunha prestación accesoria á principal –pago do tributo– en distintos supostos caracterizados, fundamentalmente, pola falta de ingreso en prazo.

O xuro de mora, por tanto, configúrase, ó igual que o tributo, como unha obriga *ex lege*, é dicir, como un vínculo xurídico establecido pola lei entre dous suxeitos polo que un deles pode esixir, nos supostos e contía fixados pola lei, unha prestación de carácter pecuniario. A dita prestación, en canto que debida a un ente público e en función da obriga que lle serve de base, é unha prestación patrimonial de carácter público⁶². Non obstante, estamos ante unha obriga accesoria da obriga tributaria e isto porque tanto a súa existencia como o seu método de cálculo dependen dela.

En efecto, podemos dicir que estamos ante un vínculo xurídico en virtude do cal unha persoa –o acredor– pode esixir doutra –o debedor– unha determinada prestación⁶³. Este vínculo xurídico supón para o ente público acredor un dereito subxectivo fronte ó suxeito obrigado que nacerá cando se realice o suposto de feito contido nunha norma xurídica con carácter legal⁶⁴. Agora ben, se pola súa orixe e configuración estamos ante unha obriga legal, polo seu contido trátase dunha obriga de signo patrimonial en canto que non só a prestación debida se determina en diñeiro senón que vai dirixida a restablece-lo prexuízo ocasionado debido á falta de disposición dos fondos públicos no momento determinado pola lei de cada tributo ou, no seu defecto, pola normativa de recadación. O carácter público da prestación deriva inmediatamente da obriga que lle serve de base⁶⁵ e maniféstase nas facultades concedidas ó

⁶² Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 170.

⁶³ Esta é a definición de obriga que utiliza o profesor FERREIRO para referirse ó tributo e que estimamos igualmente válida para referirnos ós xuros de mora. Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., «La definición de tributo» en *Ensayos sobre metodología técnica jurídica en el Derecho Financiero y Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 284. Para un estudio máis detallado do concepto de obriga, vid. DíEZ PICAZO, L., ob. cit., p. 47 e ss.

⁶⁴ Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 180.

⁶⁵ Neste sentido pronúnciase LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 182 para quen «el carácter público de las prestaciones en que consiste el pago de intereses, ha de hacerse derivar de la finalidad pública a la que obedecen, si se quiere, del interés público que se erige en su última justificación que a nuestro juicio ha de residenciarse en el cumplimiento de las relaciones que se generan entre la Administración y los administrados».

acreedor para facer efectivo o seu dereito de crédito⁶⁶, isto é, na autotutela declarativa e executiva⁶⁷.

Agora ben, aínda que nacida a obriga adquira certa substantividade⁶⁸, estamos ante unha obriga accesoria porque, como xa se sinalou, tanto a súa esixencia como o seu método de cálculo dependen da obriga principal⁶⁹. En efecto, o presuposto de feito⁷⁰ vén constituído polo vencemento do prazo establecido para o pagamento do tributo. A nota da accesoriade maniféstase, pois, na necesidade da existencia dunha débeda tributaria, para que poida percibirse o xuro de mora ante a súa falta de ingreso⁷¹. Por outra parte, a mesma nota maniféstase no seu método de cálculo xa que a suma debida, en concepto de xuros de mora, determínase en función da contía da obriga principal e do seu atraso⁷². En definitiva, podemos dicir que na medida en que a obriga de pagar xuros se

⁶⁶ Entendemos que a presenza dun ente público acreedor é a que caracteriza a obriga como pública, xa que desde ese momento serán aplicables as facultades exorbitantes que o ordenamento lle concede. Non é así para outro sector doutrinal (vid. PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Cívitas, Madrid, 1994, 4ª ed., p. 43; AGUALLO AVILÉS, A., *Tasas y Precios Públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1992, p. 248, entre outros) que considera que o carácter público dunha prestación depende de que sexa imposta, dunha forma unilateral, sen o concurso da vontade do obrigado ou de que o suxeito careza de liberdade para constituír unha relación coa Administración. Sen embargo, debemos manifestar, seguindo ó profesor FERREIRO, que nada achega a nota da coactividade á definición da prestación como pública xa que, nun Estado de dereito, é a lei a que determina os supostos nos que nace a obriga de pagar unha determinada cantidade de diñeiro (vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., ob. cit., p. 283).

⁶⁷ Outros autores engaden a nota da indisponibilidade. Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., ob. cit., p. 116; LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 182.

⁶⁸ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1994, 9ª ed., p. 70; Igualmente, SABATER BAYLE, I., «Ingresos indebidos y pagos de intereses por el Estado: algunas aportaciones de la doctrina civil», *RDFHP*, núm. 153, 1981, p. 687 e 688. En efecto, como manifestan CASADO OLLERO, G.; FALCÓN Y TELLERÍA, R.; LOZANO SERRANO, C. e SIMÓN ACOSTA, E., *Cuestiones tributarias prácticas*, La Ley, Madrid, 1990, 2ª ed., p. 559, «el pago de la obligación tributaria no implica la extinción de la obligación de abonar los intereses devengados hasta ese momento».

⁶⁹ Vid. SOLER ROCH, M.T., «Notas sobre la configuración jurídica de las obligaciones y deberes tributarios con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Cívitas-REDF*, núm. 25, 1980, p. 17: as obrigas accesorias son aquelas que contando cun presuposto de feito autónomo, este garda relación coa obriga principal, de tal maneira que sen a existencia desta última non podería nacer a obriga accesoria. Igualmente, VILLEGAS, H.B., ob. cit., p. 301.

⁷⁰ Para a profesora SOLER ROCH, antes de trata-la accesoriade debe chegarse á conclusión de que estamos ante unha auténtica obriga, o que se deduce do distinto suposto de feito do tributo.

⁷¹ Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., ob. cit., p. 116; En idéntico sentido, LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 184 e ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 74.

⁷² Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 65.

establece en consideración ou como consecuencia da obriga tributaria, constitúe unha obriga accesoria⁷³.

A prestación en que consiste a obriga de pagar xuros englobase no que a LXT denomina débeda tributaria. En efecto, segundo establece o artigo 58 da LXT, «a débeda tributaria estará constituída pola cota á que se refire o artigo 55...» aclarando o seu apartado segundo que «no seu caso, tamén formarán parte da débeda tributaria: c) o xuro de mora...»⁷⁴. Unha previsión similar contén o novo artigo 58 da NLXT que di que a débeda tributaria estará constituída pola cota ou cantidade a ingresar que resulte da obriga tributaria principal ou das obrigas de realizar pagos a conta. Asemade, a débeda estará integrada polo xuro de mora, as recargas por ingreso extemporáneo e as do período executivo. Por tanto, o concepto de débeda tributaria recolle o conxunto das obrigas reguladas nas normas tributarias tanto o resultado do cumprimento da obriga tributaria principal como aquelas outras obrigas accesorias a esta –o xuro de mora– e, mesmo, outras distintas como as de natureza sancionadora, que configuran o dereito tributario material.

Por outra parte, dunha primeira lectura do artigo 1108 do Código civil dedúcese a existencia de dous tipos de xuro en función da fonte da que proveñan⁷⁵: os convencionais e os legais. Os primeiros teñen o seu campo de aplicación propio nas relacións entre suxeitos particulares onde o principio de autonomía da vontade permite fixar un xuro para o caso de incumprimento de toda clase de obrigas e na contía que as partes consideren sempre que non poidan chegar a cualificarse como usurarios ou leoninos⁷⁶. Pola contra, o xuro fixado pola lei ou xuro legal está determinado tanto no *an* como no *quantum*, é dicir, tanto nos supostos en que é procedente a súa esixencia como na propia contía⁷⁷. No noso ordenamento existen tres tipos de xuros que podemos cualificar como legais, en

⁷³ Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., ob. cit., p. 343.

⁷⁴ Vid. SÁINZ DE BUJANDA, F., *Lecciones de Derecho Financiero*, UCM, Madrid, 1991, 9ª ed., p. 286: «en el plano positivo, dentro de nuestro ordenamiento, la deuda tributaria es una, en el sentido de que engloba todos esos conceptos si existieren, y en el ámbito de la gestión se conceptúa también como deuda unitaria».

⁷⁵ Vid. ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 79, quen considera insuficiente esta clasificación e, por iso, acode a outra baseada na función económica que cumpren.

⁷⁶ Vid. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I., Bosch, Barcelona, 1994, 9ª ed., p. 73. Na actualidade a importancia dos intereses convencionais céntrase no mercado hipotecario.

⁷⁷ Vid. STC 206/1993, 22 de xuño que establece no seu fundamento xurídico segundo «tal indemnización, a salvo de pacto en contra (principio de autonomía da vontade) ou de disposición específica (principio de legalidade) veu sendo o xuro legal do diñeiro...»

función da fonte da que proceden⁷⁸ e polos supostos ós que resultan aplicables así como pola súa contía.

En primeiro lugar, o xuro legal por excelencia é o xuro legal do diñeiro fixado anualmente pola Lei de orzamentos xerais do Estado e que constitúe o principal punto de referencia en tódalas obrigas; o seu obxecto vén determinado por unha obriga de diñeiro, isto é, por unha obriga pecuniaria⁷⁹. En segundo lugar, o artigo 576 –antigo 921– da Lei de axuizamento civil establece o dereito a percibir, a favor do acreedor dunha cantidade líquida reconecida en resolución xudicial, do xuro legal do diñeiro incrementado en dous puntos desde a sentenza en primeira instancia ata a súa total execución⁸⁰. Finalmente, e en terceiro lugar, a Lei xeral tributaria, na súa redacción orixinaria de 1963 estableceu, no seu artigo 58.2, que «no seu caso tamén formarán parte da débeda tributaria: b) o xuro de mora, que será o legal do diñeiro».

Sen embargo, a doutrina maioritaria, seguindo a Collado Yurrita⁸¹, realizou unha clasificación dos xuros atendendo ó seu fundamento e á función que cumpren en relación cos supostos nos que resultan aplica-

⁷⁸ Vid. SABATER BAYLE, I., «Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado», *RDFHP*, núm. 153, 1981, p. 680.

⁷⁹ A Lei 13/1994, do 1 de xuño de autonomía do Banco de España modificou o artigo 1 da Lei 22/1984, establecendo que: «o xuro legal do diñeiro determinarase na Lei de orzamentos xerais do Estado». Con anterioridade á dita lei, o xuro legal do diñeiro fixouse pola redacción orixinaria do Código civil no 6 por cento, e foi alterada esta porcentaxe, posteriormente, pola Lei do 2 de agosto de 1899, que o reduciu ó 5 por cento, e pola Lei do 7 de outubro de 1939, que o estableceu no 4 por cento. Tales normas foron derogadas pola Lei 22/1984, do 29 de xuño, sobre modificación do tipo de xuro legal do diñeiro xa que, como se manifesta na súa propia exposición de motivos, «a permanencia do 4 por 100 como tipo de xuro legal do diñeiro resulta, por tanto, obsoleta respecto á realidade social, discriminatoria fronte á que rexe para os dereitos e obrigas da Facenda pública, e favorecedora de todo tipo de incumprimentos ata o momento en que por recaer resolución xurisdiccional condenatoria entre en xogo o artigo 921 bis da Lei de axuizamento civil. Proponse por todo isto facer coincidi-lo xuro legal de mora co recollido no artigo 36,2 da Lei xeral orzamentaria, de modo que se ben a resolución xurisdiccional condenatoria ó pagamento de cantidade líquida apareza singularmente potenciada na súa executoriedade polo incremento de dous puntos contemplado no artigo 921 bis da Lei de axuizamento civil, tamén con anterioridade a aquela resolución os lexítimos acredores queden suficientemente protexidos».

⁸⁰ Esta norma que, non obstante, lles permite ás partes fixar un xuro distinto e respecta o establecido por disposicións especiais, foi introducida na LAC pola Lei 77/1980, do 26 de decembro, como artigo 921 bis desta para as resolucións xurisdiccionais que conteñan condena ó pagamento de cantidades líquidas, establecendo a percepción de xuros desde que aquelas se dictan ata que quedan totalmente executadas, tomando como referencia o xuro básico ou de redesconto fixado polo Banco de España, incrementado en dous puntos, salvo as especialidades previstas para a Facenda pública na Lei xeral orzamentaria.

⁸¹ Vid., principalmente, COLLADO YURRITA, M.A., «Los intereses de demora en la Ley General Tributaria», *Civitas-REDF*, núm. 56, 1987, p. 493 e ss.

bles, importando así a doutrina italiana de Marinetti⁸². Para este autor os xuros moratorios son aqueles que cumpren unha función resarcitoria do dano sufrido polo acredor como consecuencia do atraso culpable do debedor, mentres que os correspondentes ou compensatorios segundo a doutrina española⁸³, desempeñan unha función de contraprestación polo uso do diñeiro alleo. Sen embargo, en ámbolos casos a finalidade dos xuros é compensar, indemnizar ou retribuí-lo acredor, e é a diferenza substancial a existencia ou non de culpabilidade no atraso.

Esta opinión foi mantida por algún dos membros que integran a primeira Comisión de estudo para a reforma da LXT. En efecto, o informe elaborado sinala que «podería considerarse a posibilidade» de introducir o elemento da culpabilidade para determinar a percepción ou a esixibilidade do xuro ou, mesmo, a súa contía⁸⁴.

A nova LXT resolve esta cuestión ó establecer no parágrafo segundo do artigo 26.1 que a esixencia de xuro de mora non require a previa intimación da Administración nin a concorrencia dun atraso culplable no obrigado. Deste modo, confírmase o carácter obxectivo e automático do xuro de mora.

A esixencia de xuros baséase na idea de que o diñeiro produce froitos, é dicir, é un ben productivo e que eses froitos son os xuros. Pois ben, cando se atrasa o momento do pagamento o acredor perde eses froitos e o debedor obtén unha vantaxe, ás veces indirecta. Como dixo Sartorio Albalat, «en unos casos tal cualidad adquire relevancia jurídica cuando se considera que hay lesión del derecho de crédito (...) en otros, el legislador no espera a que se produzca (...) bastando la situación de retraso en el cumplimiento»⁸⁵.

En calquera caso, debemos destacar que aínda que algúns autores acepten a efectos explicativos e sistemáticos a dita clasificación e se defenda a aplicación dun tipo inferior ou, mesmo, a súa non esixencia, a lei non distingue a contía aplicable a uns e outros xa que, en todo caso, se aplicará o tipo fixado pola Lei de orzamentos xerais do Estado.

⁸² Vid. MARINETTI, «Interessi» en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1962, vol. VIII, p. 871 e ss.

⁸³ Vid. ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 89 e ss.

⁸⁴ Vid. Comisión para o estudo e proposta de medidas para a reforma da Lei xeral tributaria, Informe para a reforma da Lei xeral tributaria, Ministerio de Facenda, Madrid, 2000, páx. 64.

⁸⁵ Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 79.

4. O réxime xurídico do xuro de mora

A doutrina civilista, á hora de interpreta-lo artigo 1100 do Código civil, entende que son requisitos necesarios para que o debedor quede constituído en mora os seguintes: carácter positivo da obriga, esixibilidade da prestación, liquidez da débeda, imputación ó debedor do atraso no cumprimento e intimación ó debedor, salvo naqueles casos nos que a lei non o considere necesario⁸⁶. Polo que se refire ó sector do ordenamento que constitúe o noso obxecto de estudio, os ditos requisitos encontran certas matizacións⁸⁷.

O primeiro dos matices refírese ó feito de que, mentres no ámbito civil a intimación ó debedor constitúe a regra xeral e a excepción é que as propias partes ou a lei establezan o contrario, no suposto de débedas tributarias pode dicirse que non é necesaria a interpelación ó debedor, é dicir, encontrámonos ante un suposto de mora automática por disposición legal⁸⁸. Así o entendeu o Tribunal Supremo que, na súa sentenza do 18 de xuño de 1973, manifestou que «os prazos establecidos para o ingreso dos tributos en período voluntario constitúen unha intimación ó pagamento por obra da Lei de acordo co artigo 1100, números 1 e 2, do Código civil»⁸⁹.

As disposicións legais que apoian a falta de esixencia de requirimento ó debedor son os artigos 36 da LXO (art. 17 Lei 47/2003, xeral orzamentaria), e o seu correlativo artigo 21 do Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro polo que se aproba o Texto refundido da lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, e, polo que se refire ó ámbito tributario, nos artigos 61.2 e 127.1 da LXT (arts. 26 e 27 NLXT) xa que en virtude dos primeiros, «as cantidades adebedadas á Facenda pública (ou á «Facenda da Comunidade Autónoma» no caso da lei galega) percibirán xuros de mora desde o día seguinte ó do seu vencemento», mentres que polo que respecta ás débedas tributarias, o artigo 61.2 da LXT establece que «o vencemento do

⁸⁶ Vid. DÍAZ PICAZO, L., ob. cit., p. 626.

⁸⁷ Vid. MORILLO MÉNDEZ, A., «La morosidad en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y la Ley 10/85», *Impuestos*, núm. 11, 1985, p. 37. Para este autor non se precisa intimación ó debedor, non se presupón a culpabilidade, non cabe purga da mora e existe unha restitución indemnizadora de carácter automático.

⁸⁸ O artigo 1100 do Código civil, no seu parágrafo segundo, establece que: «non será, sen embargo, necesaria a intimación do acreedor para que a mora exista: 1º. Cando a obriga ou a lei así o declaren expresamente». Supostos de mora automática por disposición legal concóntanse, tamén, no art. 63 do Código de comercio ou no art. 43 da Lei de sociedades anónimas. A mora automática por disposición legal prodúcese cando a lei ben expresamente ben de maneira implícita constitúe ó debedor en moroso. Vid., neste sentido, ALBALADEJO, M., ob. cit., p. 184; COLLADO YURRITA, M.A., ob. cit., p. 498; VILLEGAS, H.B., ob. cit., p. 304.

⁸⁹ No mesmo sentido pronunciouse máis recentemente a STS do 28 de novembro de 1997, pronunciada en interese de lei.

prazo establecido para o pagamento sen que este se efectúe, determinará o dereito á percepción de xuros de mora».

En conclusión, no caso de débedas tributarias que hai que ingresar na Administración encontrámonos ante un dos supostos de mora automática dos previstos polo noso ordenamento, o cal implica, por un lado, a obriga do suxeito pasivo de pagar xuro de mora como indemnización á Facenda correspondente pola non disposición dos fondos no prazo fixado para iso, xa que se entende que o atraso no pagamento sempre lle produce un dano ó acredor e, por outro, a eficacia na xestión que se logra ó colocar en situación de mora ó debedor sen necesidade de ningún outro trámite administrativo. Por outra banda, así o vén establecer o artigo 26.1 da NLXT.

Interesa destacar que, desde a Lei 1/1998, do 26 de febreiro de dereitos e garantías dos contribuíntes, as devolucións de oficio e de ingresos indebidos comportan o abono do xuro de mora tributario sen necesidade de que os contribuíntes intimen á Administración para o seu pagamento, sempre nos prazos e cos requisitos legais. Fóra do ámbito tributario, en cambio, os administrados deben requirirlle expresamente á Administración o pago do correspondente xuro xa que así o esixen o artigo 45 da LXO e o 26 da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

En segundo lugar, debe sinalarse que a culpabilidade do debedor foi considerada, tradicionalmente, como un requisito consubstancial do concepto de mora de forma que o non cumprimento no prazo non foi previsto, podendo prevelo, ou previsto, non se evitou segundo os canons de dilixencia. Sen embargo, xa na doutrina civil veuse discutindo o papel da culpa no cumprimento das obrigas pecuniarias que, en canto obrigas xenéricas, non pode darse nunca unha imposibilidade absoluta e que só en casos moi excepcionais se observa unha imposibilidade transitoria na transferencia de fondos, de forma que, nas obrigas pecuniarias, a responsabilidade do debedor é, na práctica, unha responsabilidade obxectiva⁹⁰.

En materia tributaria, pode dicirse que desde a Lei 10/1985, de modificación parcial da Lei xeral tributaria, e igualmente coa redacción aínda vixente dada pola Lei 25/1995, o atraso culpable do debedor non resulta ser un requisito consubstancial para a esixencia do xuro de mora xa que a súa esixencia xeneralizada en tódolos supostos nos que se observa un atraso no ingreso da débeda tributaria, con independencia dos

⁹⁰ Vid. Díez PICAZO, L., ob. cit., p. 628 e 584. Por outra parte, a esixencia da culpabilidade do debedor para estima-la responsabilidade por mora foi aceptada pola xurisprudencia. Así, as sentencias da Audiencia territorial de Pamplona do 19 de decembro de 1985 e de Sevilla do 31 de xaneiro de 1986 e do Tribunal Supremo do 28 de decembro de 1988. (O comentario destas sentencias pode verse en ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 151).

motivos que o produciron, contribuíu á súa configuración como unha responsabilidade obxectiva⁹¹. En efecto, pese a que, en ocasións, o xuro no pagamento puntual ceda ante outro tipo de intereses ou dereitos tutelados, como sucede nos aprazamentos e suspensións⁹², o atraso no cumprimento produce un prexuízo que debe ser restaurado. Isto non significa que non existan supostos nos que concorra certa culpabilidade do debedor tributario, pero a dita circunstancia non é decisiva para constituílo en mora⁹³. Como xa dixemos, esta cuestión foi resolta pola previsión do artigo 26.1 da NLXT que declara que non é precisa a concorrencia do atraso culpable.

A ausencia de culpabilidade do suxeito pode servir para critica-la existencia do xuro naqueles supostos nos que a diferenza na contía que hai que ingresar cando o contribuínte actuou de boa fe ou seguindo o criterio dunha consulta⁹⁴. Cuestión distinta á anterior é a que propón certo sector doutrinal, que acepta a distinta clasificación de xuros en moratorios e correspectivos, para xustifica-la aplicación dun tipo superior a aqueles supostos nos que si se aprecia culpabilidade⁹⁵. Isto, sen embargo, non deixa de ser un argumento perigoso xa que se o que se trata de compensar é o prexuízo que supón a non disposición dos fondos no prazo previsto, este dano non pode ser maior cando hai culpabilidade que cando non a hai se obxectivamente o prexuízo é o mesmo. Tratar de darlle relevancia á intención do autor para incrementa-la contía do xuro que se vai satisfacer e non para reduci-lo supón dota-la dita figura dun perfil sancionador que non lle corresponde ós xuros senón ás sancións onde a culpabilidade e as circunstancias do caso son tidas en conta para impoñe-la correspondente sanción pecuniaria.

En terceiro lugar, como con total claridade expresa Díez Picazo, «la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país se mantienen fieles al viejo brocardo, con arreglo al cual *in illiquidis mora non fit* y suelen considerar la liquidez de la deuda como un requisito de la mora»⁹⁶, sen que sexa un

⁹¹ Vid. CASADO OLLERO, G.; FALCÓN Y TELLA, R.; LOZANO SERRANO, C. e SIMÓN ACOSTA, E., ob. cit., p. 557; FALCÓN Y TELLA, R., *Retraso culpable ...*, ob. cit., p. 13; LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 143; ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 151; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 87 (Se ben cualifica estes supostos como de responsabilidade obxectiva impropia) e SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 149.

⁹² Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 148 e ss.

⁹³ Non obstante esta circunstancia é tida en conta por aquel sector doutrinal que acepta a existencia no noso dereito de distintos tipos de xuros para, por un lado, distingui-los ditos supostos e, por outro, para reclama-lo seu distinto tratamento (vid. ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 152).

⁹⁴ CALVO ORTEGA, R., *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario*, Cívitas, Madrid, 1999, p. 239.

⁹⁵ Vid., por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, E., ob. cit., p. 71.

⁹⁶ Vid. Díez PICAZO, L., ob. cit., p. 629. No mesmo sentido, COLLADO YURRITA, M.A., ob. cit., p. 497; LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 145-146; ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit.,

obstáculo para iso o feito de que a liquidez da obriga dependa dunha simple operación aritmética ou, mesmo, se atrase por causas imputables ó debedor⁹⁷.

Polo que respecta ó ámbito tributario, non existe ningún precepto que estableza a necesaria liquidez da obriga tributaria principal pese ó cal a xurisprudencia entendeu aplicable a doutrina xeral proveniente do dereito civil que resumimos no parágrafo anterior.

Así, o entendeu a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 15 de outubro de 1996 que aplicou o requisito da liquidez da obriga principal, pero advertindo que «o principio in *illiquidis non fit mora* non opera con automática rixidez no campo tributario, sen que, no seu caso, poida confundirse a illiquidez da débeda coa súa mera indeterminación cuántica». Noutras palabras, isto significa que para que poidan percibirse xuros de mora non é necesario que a débeda estea liquidada senón que é suficiente que sexa liquidable e isto prodúcese, segundo a xurisprudencia⁹⁸, por ministerio da lei desde o día seguinte ó do vencemento xa que como indica Rodríguez Márquez, «o simple transcurso do prazo fai que a débeda que era ata ese momento ilíquida, se converta en liquidable, xa sexa de oficio ou por actuación investigadora dos órganos administrativos»⁹⁹. Isto non é senón mostra da natureza declarativa e non constitutiva da declaración tributaria xa que a obriga tributaria, en canto obriga *ex lege*, está perfectamente determinada en tódolos seus elementos desde o seu nacemento, é dicir, desde a realización do feito impositivo.

Polo que se refire á esixibilidade da obriga principal, como sinalou López Martínez, «si (...) la condición consustancial para la exigibilidad de los intereses que venimos estudiando era la existencia de una obligación pecuniaria jurídicamente debida y el incumplimiento de los plazos en que dicha obligación tuvo que ser realizada, parece obvio que, en

p. 142; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 90; GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Los intereses moratorios a favor de la Hacienda*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 57.

⁹⁷ Vid. COLLADO YURRITA, M.A., ob. cit., p. 497 que acode para fundamentar este razoamento ó artigo 1119 do Código civil.

⁹⁸ Vid. SSTS do 28 de novembro de 1997 e do 28 de maio de 1997.

⁹⁹ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 92. Hai autores que acoden ó artigo 69 do Regulamento xeral de inspección dos tributos que establece na súa alínea segunda o cómputo dos xuros moratorios desde o día da finalización do prazo de pagamento en período voluntario e ata a data da acta (Vid. LAMOCA PÉREZ, C., *Los intereses de demora y la sentencia del Tribunal Constitucional 45/89*, Revista Carta Tributaria, monografías núm. 113, 1990, p. 2; ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 145.). En sentido contrario á esixencia de xuros de mora nas actas de rectificación pronunciábase MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J., «Intereses de demora y expedientes de rectificación en la reciente jurisprudencia», *Civitas-REDF*, núm. 73, 1992, p. 146. Como manifesta GONZÁLEZ GARCÍA, ob. cit., p. 69, a cuestión foi resolta no plano positivo pola Lei 25/1995 na modificación dos artigos 61.2 e 77 alíneas 4 e 5.

principio, la exigibilidad de dicha obligación principal se convierta en un requisito de la exigibilidad de los intereses nacidos para compensar la falta de pago de aquélla»¹⁰⁰. Ademais, este requisito resulta imprescindible para determinarla contía da obriga de xuros xa que, en canto prestación accesoria, o seu método de cálculo só se pode comprender en función dunha débeda preexistente líquida e esixible.

A esixibilidade veuse entendendo como a circunstancia que se dá na vida dunha obriga pola que o debedor está obrigado a cumprila súa prestación e o acredor pode exercitalo seu dereito de crédito¹⁰¹. En materia tributaria esta circunstancia prodúcese coa finalización do período voluntario de ingreso pois é nese momento cando a Administración pode exercitalas súas potestades exorbitantes e, polo tanto, proceder á declaración da débeda existente e declarala executiva, xa que a partir dese momento comeza o prazo de prescrición da acción para esixilo cobro da débeda tributaria. Sen embargo, pode dicirse que, unha vez establecida polo ordenamento a obriga do suxeito pasivo de declarala realización do feito imponible ou, no seu caso, de autoliquidar e ingresar, a esixibilidade anticipase ó momento en que conclúe o prazo para presentala oportuna declaración ou autoliquidación. Así parece enténdelo o Tribunal Supremo, pois, na súa sentenza do 28 de novembro de 1997, que fixa a doutrina legal, establece que deben esixirse xuros de mora «desde o día seguinte ó do vencemento do prazo para declarar, pois enténdese que a obriga tributaria é por ministerio da lei líquida, esixible e vencida».

Sobre a base desta interpretación enténdese que a alínea segunda do artigo 61 no que se establece que «o vencemento do prazo establecido para o pagamento sen que este se efectúe, determinará o dereito a percibir xuros de mora».

A cuantificación do xuro de mora dependerá, fundamentalmente, do lapso de tempo que transcorra e da cantidade non ingresada xa que, sobre esta aplicarase o tipo correspondente.

En efecto, consistindo o xuro de mora nun tipo ou porcentaxe que se vai aplicar sobre a débeda principal en función do tempo transcorrido desde o prazo legalmente previsto para efectualo ingreso e o día no que efectivamente se produciu este, compréndese a importancia do elemento temporal para a determinación da duración da mora e, por conseguinte, da débeda de xuros¹⁰².

¹⁰⁰ Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 147.

¹⁰¹ Vid. DÍEZ PICAZO, L., ob. cit., p. 644.

¹⁰² A relevancia do tempo de pagamento no ámbito tributario foi posta de manifesto por PÉREZ DE AYALA PELAYO, C., «El tiempo del pago en Derecho Tributario: una reflexión», *RDFHP*, núm. 243, 1997, p. 204 e pola xurisprudencia: SSTS do 18 de xuño de 1973, 19 de outubro de 1990 e 29 de xaneiro de 1994, entre outras.

Polo que se refire ó momento inicial de cómputo, este coincide co da percepción do xuro de mora e prodúcese no momento previsto na lei, isto é, o día seguinte ó do vencemento do prazo establecido para o pagamento da débeda tributaria principal. Así se desprende dunha interpretación sistemática dos artigos 36 da LXO (17 da nova Lei xeral orzamentaria –Lei 47/2003–), 21 do Texto refundido da lei de réxime orzamentario de Galicia e, especialmente, do art. 61.2 da LXT. Pois ben, o vencemento do prazo para o pagamento da débeda tributaria prodúcese coa finalización do período voluntario de pagamento, isto é, co inicio do período executivo¹⁰³. Non obstante, debe advertirse que este será o suposto normal de esixencia de xuros cando o suxeito cumpriu coa súa obriga de declarar ou autoliquidar pero, en cambio, se a dita obriga non foi cumprida, o momento inicial do cómputo debe retrotraerse ó día seguinte á finalización do prazo para presenta-la correspondente declaración ou autoliquidación. O contrario levaría ó absurdo de que, nos tributos que se rexen polo sistema tradicional de liquidación, non se esixirían xuros senón desde o momento en que a inspección descubriu a débeda mentres que nos tributos autoliquidables esixiríanse desde a finalización do prazo de liquidación e ingreso¹⁰⁴.

Agora ben, se esta resulta se-la regra xeral nos supostos nos que a Administración tributaria aparece como acreedora, non sempre foi así, xa que, nos supostos de devolucións de ingresos indebidos ou das retencións, ingresos a conta ou pagamentos fraccionados¹⁰⁵ e reembolsos, se ben resulta innecesaria a intimación ó acreedor, a mora prodúcese pasados seis meses do prazo establecido para a presentación das declaracións.

O artigo 32 da NLXT vén establecer que, coa devolución de ingresos indebidos, a Administración aboará o xuro de mora sen necesidade de intimación do acreedor e este percibirase desde a data na que se realizara o ingreso indebido ata a data na que se ordene a devolución.

En canto ó momento final do cómputo dos xuros moratorios, debe sinalarse que as normas legais que fixan o inicio do cómputo da mora non o sinalan, senón que o termo final debe entenderse producido co ingreso¹⁰⁶, cando se practique a liquidación que regularice a situación

¹⁰³ Vid. art. 127 LXT e 109.1 RXR.

¹⁰⁴ Así o establece o artigo 68.6 do Regulamento do imposto de sucesións e doazóns para o caso no que se solicite unha prórroga.

¹⁰⁵ Art. 85 da Lei 40/1998, do 9 de decembro do imposto sobre a renda das persoas físicas, 145 da Lei 43/1995 do imposto sobre sociedades e 115.3 da Lei 37/1992 reguladora do IVE.

¹⁰⁶ Art. 109.1 do RXR «as cantidades adebedadas reportarán o xuro de mora desde o día seguinte ó do vencemento da débeda en período voluntario ata a data do seu ingreso».

tributaria¹⁰⁷ ou se dicte a correspondente resolución¹⁰⁸. Unha previsión expresa si se contén, tal e como acabamos de ver, para a devolución dos ingresos indebidos.

Con carácter xeral, a cantidade base a ter en conta para a aplicación do xuro viña definida, no ámbito estatal, polo art. 36 LXO (agora, art. 17, Lei 47/2003 xeral orzamentaria)e, polo que respecta a Galicia, no artigo 21 do Texto refundido da lei de réxime orzamentario. Ámbolos preceptos establecen que «as cantidades adebedadas» percibirán xuro de mora, incluíndo as cantidades recadadas a través de entidades colaboradoras, contas restrinxidas, oficinas liquidadoras e demais entidades colaboradoras. Compréndese facilmente que tales preceptos teñen por obxecto calquera clase de débeda e non só as tributarias polo que debemos acudir ó artigo 58 da LXT para determinar qué se entende por «cantidades adebedadas».

A nova LXT intenta ser algo máis precisa, ó sinalar que o xuro de mora se calculará sobre o importe non ingresado en prazo ou sobre a contía da devolución cobrada improcedente.

Non parece existir ningún problema en determina-la dita cantidade cando a débeda tributaria está integrada, simplemente, pola cota, incluíndo dentro de tal concepto as retencións, os ingresos e pagamentos a conta, ou, mesmo, polas recargas sobre esta contempladas no art. 58.2 a) LXT. Isto sucederá nos supostos de aprazamentos, fraccionamentos ou suspensións concedidos en período voluntario, polo tanto, antes de que finalice o prazo de ingreso voluntario, de modo que no suposto de aprazamento ou fraccionamento, a base de cálculo estará determinada pola débeda aprazada¹⁰⁹ mentres que, nos casos de suspensión, a dita base estará formada pola cantidade impugnada¹¹⁰.

O problema preséntase cando hai unha regularización ben a cargo do propio suxeito ben pola propia Administración e, pese a isto, non se ingresan as cantidades debidas no prazo correspondente, pasando estas cantidades contempladas na liquidación a situarse, á súa vez, en período executivo. Nesta liquidación, xunto á cota, poden existir outro tipo de prestacións como as recargas do artigo 61.3 (art. 27 NLXT), a recarga de constrinximento, os xuros de mora ou as sancións nos que debe deter-

¹⁰⁷ Vid. art. 87.s LXT.

¹⁰⁸ No caso da resolución denegatoria do aprazamento ou fraccionamento ben expresamente (art. 56.3 letra a) ben tacitamente polo transcurso do prazo de sete meses (art. 55.5 RXR) e no caso das resolucións económico-administrativas (arts. 22.4 e 23.1 do TAPEA e 74.12 do REPREA).

¹⁰⁹ Vid. art. 56 RXR.

¹¹⁰ Vid. art. 74 alíneas 7 e 12 do REPREA.

minarse se forman parte da base de cálculo do xuro que se esixirá pola nova cantidade adebedada¹¹¹.

Neste sentido temos que dicir que as cantidades previstas no artigo 58 da LXT constitúen obrigas con presupostos de feito distintos e que, unha vez nacidas, adquiren certa substantividade de forma que funcionan como débedas independentes aínda que, para efectos de recadación, se inclúan na débeda tributaria. Deste modo, xunto á cota derivada da liquidación do imposto correspondente pódese engadi-la recarga do artigo do 61.3 (art. 27 NLXT), o xuro de mora, a recarga de constrinximento e o importe das sancións. Da regulación positiva despréndese que a falta de pagamento destas cantidades ou dalgunha delas dá lugar ó dereito á percepción de xuros xa que estes nacen do vencemento do prazo establecido para o ingreso das ditas cantidades polo que, precisamente, son líquidas, esixibles e, como se dixo, vencidas.

Non obstante, os xuros nacidos do non pagamento da débeda principal poden dar dereito a percibir, á súa vez, novos xuros xa sexa conxuntamente coa cota do correspondente imposto, xa independentemente como consecuencia da súa falta de pagamento. Neste caso prodúcese unha especie de anatocismo xa que á cota mailos xuros ou a estes últimos, no seu caso, aplícanse novos xuros moratorios. Cremos que a esixencia de novos xuros sobre os anteriores xuros ten unha xustificación lóxica na medida en que de nada valería reparalo prexuízo sufrido pola falta de pagamento se logo esa indemnización non chega a cobrarse.

Máis discutible resulta a esixencia de xuros de mora sobre as sancións e sobre a recarga prevista no artigo 61.3 LXT xa que estamos en presenza de obrigas distintas e non accesorias á obriga tributaria e que, polo tanto, funcionan con autonomía. É precisamente esta diversidade e independencia, como indica Sartorio Albalat, a que impide entender que consti-

¹¹¹ A favor da súa esixencia pronúnciase LÓPEZ MARTÍNEZ, J., ob. cit., p. 159. Na mesma liña, aínda que derivando o mencionado xuízo da regulación legal, vid. PUJALTE CLARIANA, E., «El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación tributaria en el nuevo Reglamento General de Recaudación», *GF*, núm. 89, 1991, p. 178; LÓPEZ DÍAZ, A., «Algunas cuestiones en relación al aplazamiento y fraccionamiento del pago en el nuevo RGR», *Impuestos*, Tomo I, 1992, p. 108; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 104; GARCÍA NOVOA, C., «Las consecuencias del impago del tributo tras la reforma de la Lei General Tributaria», *Impuestos*, núm. 19, 1996, p. 34; ALFONSO GALÁN, R.M., ob. cit., p. 203. En sentido contrario á súa esixencia pronúnciáanse, VELÁZQUEZ CUETO, F.A., «El interés de demora tributario: reflexión crítica», *CaT monografías*, núm. 98, 1989, p. 6; MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *El aplazamiento en el pago de los tributos*, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 188; LOZANO SERRANO, C., *Aplazamiento y fraccionamiento de los ingresos tributarios*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 72; SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 194 e ss; GOROSPE OVIEDO, J.I. e PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M., «La determinación de los intereses de demora en la normativa española: problemas principales» en VV.AA. *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, tomo I, p. 562 e ss.

túan obrigas tributarias sobre as que se teña dereito a percibir xuros de mora tributarios¹¹². A natureza e función do xuro de mora tributario, así como o seu carácter de obriga accesoria da tributaria principal, apoian a exclusión de novos xuros de mora¹¹³ polo que sería aconsellable, de *lege ferenda*, que se determinase claramente a qué magnitudes da débeda tributaria se lles debe aplica-lo xuro de mora tributario e non o xuro legal.

Isto é o que sucede coa recarga de constrinximento, esta resulta excluída sempre da base para o cálculo dos xuros, pois nos supostos de aprazamento ou fraccionamento en período executivo, o artigo 56.2 do RXR exclúea expresamente e, por outra parte, nun suposto máis xeral, o artigo 109.2 do mesmo regulamento exclúe a recarga de constrinximento da base de cálculo do xuro de mora¹¹⁴.

O tipo aplicable é o elemento de cuantificación que máis claramente se desprende dunha primeira aproximación á figura que é obxecto do noso estudio pois o xuro de mora consiste nun tipo ou porcentaxe que hai que aplicar sobre a cantidade debida. Pode dicirse que o xuro de mora ten dous compoñentes: un pretende compensa-la perda de valor do diñeiro polo paso do tempo e outro destinado a repara-la perda de liquidez do acredor na medida que non puido dedicalo no prazo previsto ás finalidades proxectadas.

O problema céntrase na determinación do tipo aplicable de forma que recolla eses dous compoñentes. Nun primeiro momento, este viña constituído polo xuro legal como xuro tributario debido á aplicación do artigo 1108 do Código civil. A partir do Decreto-lei 6/1974, do 27 de novembro, o xuro que hai que aplicar viría constituído polo básico do Banco de España, manténdose a dualidade xuro legal-xuro básico ata a aprobación da Lei 24/1984 que equiparou o xuro legal do diñeiro e o xuro de mora fixando a súa contía na do básico do Banco de España salvo que a Lei de orzamentos establecece uns diferentes. A partir de entón, e por obra da Lei 50/1984, do 30 de decembro de orzamentos xerais do Estado para 1985, ponse en práctica a habilitación ás leis de orzamentos para que sexan elas as que fixen tanto o xuro legal do diñeiro como o de mora.

Se isto foi así no ámbito estatal, outro tanto sucedeu no autonómico onde as leis de réxime orzamentario estableceron o xuro aplicable ó atraso nas cantidades adebedadas xa sexan tributarias ou non¹¹⁵. A redacción ini-

¹¹² Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 205.

¹¹³ Vid. GOROSPE OVIEDO, J.I. e PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M., ob. cit., p. 568-569.

¹¹⁴ Defende a súa inclusión na base de cálculo, LÓPEZ DÍAZ, A., «Algunas cuestiones en relación con el aplazamiento y el fraccionamiento en el pago en el nuevo RGR», *Impuestos*, núm. 2, 1992, p. 35 e 36.

¹¹⁵ Vid. MORENO FERNÁNDEZ, J.I., «El interés de demora» en VV.AA., *La Reforma de la Ley General Tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 178.

cial do Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro¹¹⁶ polo que se aproba o Texto refundido da lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, incorría no grave erro de aplica-lo xuro previsto no artigo 58.2 da LXT, é dicir, o xuro de mora tributario, tanto ós créditos tributarios como extra-tributarios e, ademais, a tódolos conceptos recollidos no capítulo I dedicado ós recursos, entre os que se encontran os rendementos dos tributos cedidos polo Estado, a participación nos ingresos do Estado e os ingresos procedentes do Fondo de Compensación Interterritorial.

Isto supoñía, por un lado, ademais da aplicación do xuro de mora tributario a débedas que carecían de tal carácter, aplicalo ós atrasos no cobro dos créditos dos que resultaba debedora a propia Administración central e, por outro, exercer competencias das que carecía xa que a cesión de tributos ás comunidades autónomas aprobada pola Lei 14/1996, do 30 de decembro, no seu artigo 4 establece que a normativa pola que se rexen os tributos cedidos son as normas estatais.

Tal configuración dos xuros de mora foi rectificada posteriormente pola Lei 8/1999, do 30 de decembro de medidas fiscais e orzamentarias que, no seu artigo 3, modifica o art. 21 do Texto refundido eliminando a referencia ós conceptos recollidos no capítulo I e dándolle nova redacción á súa alínea segunda que, en virtude da corrección, di que «o xuro de mora será o xuro legal do diñeiro vixente o día que venza o prazo sinalado no número anterior, sen prexuízo do establecido nas leis especiais». A nova redacción do precepto é máis acorde tanto cos recursos financeiros de Galicia como coas competencias asumidas. A posible aplicación do texto agora corrixido no ínterim da publicación da corrección de erros cremos que debe corrixirse de oficio.

Con todo, nos supostos de aprazamento, fraccionamento ou suspensión de débedas garantidas na súa totalidade mediante aval solidario de entidade de crédito ou sociedade de garantía recíproca ou mediante seguro de caución, o xuro de mora será o legal. Trátase, polo tanto, dunha importante novidade introducida pola LXT.

¹¹⁶ DOG do 5 de novembro de 1999 e BOE do 8 de decembro de 1999.

5. Supostos de aplicación do xuro de mora

1. Aprazamentos e fraccionamentos

O aprazamento consiste nun cumprimento diferido da obriga tributaria¹¹⁷, e é o fraccionamento unha modalidade de aprazamento polo que, ademais dun diferimento no momento do ingreso, este fracciónase en varias cantidades ás que se lles concede un prazo diferente¹¹⁸, nos termos fixados por un acto administrativo dictado a solicitude do obrigado ó pagamento¹¹⁹. A posibilidade de solicitar estas medidas encóntrase recollida no artigo 61.4 da LXT (en similares termos, o art. 65 da NLXT) no que se dispón que «a Administración tributaria poderá aprazar ou fracciona-lo pagamento das débedas tributarias, sempre que a situación económico-financeira do debedor lle impida, transitoriamente, facer fronte ó seu pagamento en tempo»¹²⁰ e no mesmo sentido pronúnciase o art. 20.5 do Texto refundido da lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia e o artigo 10.1 do Decreto 51/2000, do 25 de febreiro polo que se establece a organización de recadación da Xunta de Galicia pois, segundo o seu teor, «podrá aprazarse ou fraccionarse o pagamento da débeda, tanto en período voluntario como executivo, previa solicitude dos obrigados, cando a súa situación económico-financeira, discrecionalmente apreciada pola Administración, lles impida transitoriamente efectua-lo pagamento das súas débedas».

Agora ben, a pesar da mención expresa, tanto no RXR como no Decreto 51/2000, á apreciación discrecional da situación do debedor, debe advertirse que, a diferenza do que sucede no ámbito privado, a Administración¹²¹ non pode conceder-lo aprazamento en calquera suposto se-

¹¹⁷ Vid. SOLER ROCH, M.T., *Los recargos de prórroga y apremio en los tributos de la Hacienda Pública*, IEF, Madrid, 1974, p. 20: «el aplazamiento supone un cambio en el vencimiento de la obligación».

¹¹⁸ Vid. PÉREZ ROYO, I., «El tiempo en el pago de la prestación tributaria» en VV.AA., *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, vol. II, IEF, Madrid, 1991, p. 310; FENECH, M., *Principios de Derecho Procesal Tributario*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1951, p. 66; FALCÓN y TELLA, R., Voz «aplazamiento y fraccionamiento en el pago», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 500; SOLER ROCH, M.T., ob. cit., p. 20.

¹¹⁹ Vid. PONT I CLEMENTE, J.F., *El pago fraccionado de los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 137.

¹²⁰ Vid. arts. 48 e ss.

¹²¹ De acordo coa alínea terceira do artigo 16 da Lei 14/1996 do 30 de decembro «no que se refire ó aprazamento e fraccionamento do pago dos tributos cedidos a que se refire este artigo, corresponderalle a cada comunidade autónoma a competencia para resolver de acordo coa normativa do Estado». Polo tanto, as solicitudes de aprazamento e fraccionamento en relación co Imposto sobre o patrimonio, sucesións e doazóns, Transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados e os tributos

nón só cando se observan dificultades económicas no debedor, dificultades que deben ser transitorias, pois en caso contrario debería procederse á declaración de errado, polo que máis que unha actividade discrecional, desenvolve a súa actividade co fin de comproba-la existencia do presuposto fixado pola norma para concede-lo aprazamento ou o fraccionamento e está realizando, por tanto, unha actividade regrada pois a súa marxe de actuación limítase á constatación dun concepto xurídico indeterminado¹²². A zona de certeza positiva respecto ó suposto de feito comprendería situacións de iliquidez nas que o activo é superior ó pasivo pero carécese de efectivo para facer fronte ó pagamento aínda que os bens son suficientes para responder a unha execución. A zona de certeza negativa estaría constituída por supostos nos que se goza de liquidez suficiente para cumprir de forma puntual co pagamento e aqueles outros casos nos que o pasivo é superior ó activo. As situacións dubidasas serían aquelas nas que contando con liquidez suficiente, se provocaría unha iliquidez noutras obrigas do debedor nas que o vencemento está próximo. Nestes casos haberá que atender ás circunstancias concretas para concede-lo aprazamento ou fraccionamento.

A doutrina foi bastante crítica coa esixencia de xuro de mora, sobre todo polo que se refire á esixencia dun xuro superior ó legal nun suposto no que non se aprecia culpabilidade do suxeito¹²³ e no que, ademais, o mencionado atraso se produce co consentimento do debedor. O certo é que a esixencia do xuro nestes casos converteuse no suposto clásico, posto que se mantivo desde a redacción orixinaria da LXT. Isto resulta lóxico se temos en conta que os xuros de mora cumpren unha función indemnizadora en tódolos casos nos que se produce un atraso no ingreso da débeda tributaria¹²⁴.

sobre o xogo, serán tramitadas e resoltas polos órganos da Consellería de Economía e Facenda tal e como establece o artigo 11.1 do Decreto 51/2000.

¹²² Vid. MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *El aplazamiento en el pago de los tributos*, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 65; PONT I CLEMENTE, J.F., *El pago fraccionado de los tributos*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 139; SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 274; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 117.

A favor da consideración dunha potestade discrecional pronúnciase LÓPEZ DÍAZ, A., «Algunas cuestiones en relación al aplazamiento o fraccionamiento del pago en el nuevo RGR», *Impuestos*, núm. 2, 1992, p. 90 e a doutrina civil. Así, por exemplo, DÍEZ PICAZO, L., ob. cit., p. 644. É precisamente esta nota, a da potestade regrada do acreedor, xunto coa ausencia de culpabilidade do debedor nestes supostos o que caracteriza os xuros de mora tributaria fronte ós xuros de mora civís.

¹²³ Vid. FALCÓN Y TELLA, R., «Comentario general de jurisprudencia», *Civitas-REDF*, núm. 68, 1990, p. 304; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., «artículo 58» en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Edersa, Madrid, 1959, p. 73; PONT I CLEMENTE, J.F., ob. cit., p. 172.

¹²⁴ Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 271.

O lexislador reputa útil a concesión de facilidades de pagamento¹²⁵ naqueles supostos nos que a imposibilidade de facer fronte ó pagamento é transitoria e, polo tanto, non existe risco de falta de pagamento pero, paralelamente, preocúpase de establecer un mecanismo indemnizador. Este é o sentido no que debemos interpreta-lo artigo 61.2, parágrafo segundo, da LXT que determina que «de igual modo esixirase o xuro de mora nos supostos de suspensión da execución do acto e nos *aprazamentos, fraccionamentos* ou prórrogas de calquera tipo» e, máis concretamente, o artigo 48 do RXR que establece na súa alínea terceira: «as cantidades ás que se lles aprace o pagamento (...) terán dereito a percibi-lo xuro de mora». Previsión que se repite, na normativa autonómica galega, no artigo 20.5 do Texto refundido de réxime financeiro e orzamentario e tamén o 10.3 do Decreto 51/2000.

Agora ben, o lexislador optou por establecer unha excepción, un xuro de mora reducido cando a totalidade da débeda aprazada ou fraccionada se garanta con aval solidario de entidade de crédito ou sociedade de garantía recíproca ou mediante certificado de seguro de caución (arts. 26.6 e 65.4 NLXT).

Certamente, trátase dunha previsión importante por canto rompe cun fundamento do xuro de mora ó introducir, nestes casos, unha certa relevancia á distinción entre atraso culpable e non culpable. Ademais, só está previsto para as débedas especialmente garantidas que, normalmente, corresponden ós contribuíntes con maiores recursos. Créase, polo tanto, un xuro de mora tributario bonificado que se corresponde co xuro legal do diñeiro por determinadas débedas singularizadas.

Polo que se refire ó réxime xurídico do xuro de mora nos supostos de aprazamentos ou fraccionamentos solicitados en período voluntario e que foron concedidos, o artigo 56 do RXR establece que para o cálculo dos xuros de mora terase en conta o tempo comprendido entre o vencemento do período voluntario e o vencemento do prazo concedido, e é a única especialidade para os fraccionamentos a existencia de datas de vencemento sucesivas tanto para o principal como para os xuros¹²⁶. Debe terse en conta que o primeiro efecto que produce a solicitude de aprazamento ou fraccionamento é a ampliación do período voluntario de pagamento¹²⁷ aínda que non estamos ante un aprazamento propiamente dito¹²⁸. Pois

¹²⁵ En sentido contrario, vid. COLLADO YURRITA, M.A., ob. cit., p. 512 para quen nos encontramos ante unha medida desincentivadora dun comportamento que, aínda que lícito, non é querido polo lexislador...

¹²⁶ Vid. PONT I CLEMENTE, J.E., ob. cit., p. 167.

¹²⁷ Vid. LÓPEZ DÍAZ, A., «Algunas cuestiones en relación con el aplazamiento y el fraccionamiento del pago en el nuevo RGR», *Impuestos*, núm. 2, 1992, p. 102.

¹²⁸ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 122; SARTORIO ALBAT, S., ob. cit., p. 276.

ben, nestes casos tamén se percibe o xuro de mora, se ben debe terse en conta que o artigo 55.5 do RXR establece un prazo de sete meses para que a Administración resolva a solicitude polo que, en caso de superación do mencionado prazo, debería entenderse que o acredor incorreu en mora e que, polo tanto, se eliminan os efectos da mora do debedor¹²⁹.

Esta interpretación foi atallada pola NLXT que contempla expresamente no último parágrafo do artigo 26.4 que tamén nestes casos se esixirá o xuro de mora. Isto constitúe unha excepción ó disposto con carácter xeral neste artigo, posto que a regra xeral pasa a ser que non se esixirán xuros de mora desde o momento en que a Administración incumpra, por causa a ela imputable, algún dos prazos fixados.

Así as cousas, para as débedas liquidadas pola Administración, por ser este o modo de xestión do tributo, o xuro de mora debe entenderse que ten dereito a percibilo desde o día seguinte á finalización do prazo voluntario de ingreso que abre a notificación da liquidación administrativa. En cambio, no suposto no que a liquidación administrativa sexa consecuencia de actuacións de comprobación, nas que se descubra unha cantidade debida maior, e nas que se solicite o aprazamento ou fraccionamento deben distinguirse os xuros percibidos desde a finalización do período voluntario inicial e a liquidación administrativa. Esta notificáse lle ó interesado e ábrese outro período voluntario de pago durante o cal non se perciben xuros. Se se solicita aprazamento ou fraccionamento percíbense xuros desde a finalización do prazo voluntario de ingreso da liquidación administrativa ata o prazo ou prazos fixados na resolución administrativa que concede o aprazamento. Polo que se refire ás autoliquidacións presentadas no prazo xunto cunha solicitude de aprazamento, o prazo compútase desde que termina o período voluntario de ingreso mentres que se estamos ante unha autoliquidación presentada fóra de prazo na que, tamén, se solicita aprazamento, o cómputo do prazo realízase desde que se presenta esta.

Debe engadirse o suposto no que se presenta a declaración fóra de prazo e sen requirimento previo. Nestes casos, o art. 27.2 NLXT exclúe o xuro de mora percibido ata a presentación da declaración.

O artigo 55.3 do RXR imponlle á Administración a obriga de incluír na notificación da resolución estimativa a liquidación dos xuros de mora; o seu ingreso debe efectuarse xunto coa débeda aprazada na data do vencemento do prazo concedido. Como sinalou Sartorio Albalat, esta

¹²⁹ Sobre os efectos do transcurso do prazo de sete meses, Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., «El interés de demora en los supuestos de retraso de la Administración en resolver solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento presentadas en período voluntario (Comentarios a las SSTSJ de Andalucía de 14 y 20 de febrero de 1997)», *JT*, núm. 10, 1997, p. 19 e ss.; Igualmente, ALFONSO GALÁN, R., ob. cit., p. 201.

forma de proceder apóiase na existencia dun tipo único durante todo o período polo que se concede o aprazamento, polo que a liquidación de xuros terá carácter provisional e deberá ser rectificada cando a contía do xuro fora modificada, segundo se establece na alínea segunda da disposición transitoria única do RD 1930/1998, do 11 de setembro¹³⁰.

Pola contra, de producirse resolución denegatoria da solicitude de aprazamento ou fraccionamento, debe dictarse liquidación co xuro de mora desde o vencemento do período voluntario ata a data da resolución denegatoria, tal e como sinala o artigo 56.3 a) do RXR, podéndose da-lo caso sinalado por Rodríguez Márquez no que ante a denegación do aprazamento se interpoña reclamación económica-administrativa, obtendo a suspensión e unha resolución estimativa; neste caso non se percibirían xuros e obteríase un efecto similar ó dun aprazamento¹³¹.

Cuestión distinta para os efectos dunha resolución denegatoria son as consecuencias derivadas do incumprimento dun aprazamento concedido en período voluntario pois, neste caso, como sinala o artigo 57.1 a), ábrese o cobro da débeda e dos xuros acumulados a través do procedemento de constrinximento. De todas formas, se o suxeito cumpre antes de recibila providencia de constrinximento, só sufrirá unha recarga do dez por cento con exclusión dos xuros (cinco por cento, segundo o artigo 28.2 NLXT), mentres que, unha vez notificada a dita providencia, a recarga será do vinte por cento e esixiranse xuros polo inicio do período executivo (dez por cento, segundo o artigo 28.3 NLXT). No caso dos fraccionamentos, expedirase certificación de descuberto pola fracción non pagada e polos xuros acumulados para a súa exacción pola vía de constrinximento, vencendo tódalas demais fraccións no caso de falta de pagamento en período executivo da porción reclamada.

Polo que se refire ós aprazamentos ou fraccionamentos solicitados en período executivo e que foron concedidos, o efecto inmediato que producen é a paralización das actuacións executivas polo que, en caso de incumprimento, proseguirase o procedemento de constrinximento nos termos fixados no artigo 57.1 b) do RXR. Non obstante, debe distinguirse, como no caso anterior, os efectos en función de que se notificara ou non a providencia de constrinximento. A base de cálculo dos xuros, nos supostos de solicitude en período executivo, non inclúe a recarga de constrinximento.

Finalmente, debemos facer mención a que, xunto ó suposto xeral, prevense certas especialidades nos tributos cedidos de Sucesións e doazóns e de Transmisións patrimoniais. Polo que se refire ó primeiro dos

¹³⁰ Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 278.

¹³¹ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 135.

mencionados impostos, o artigo 38 da Lei 29/1987, do 18 de decembro establece a posibilidade de conceder un aprazamento de ata un ano nas liquidacións por causa de morte sempre que non exista inventariado efectivo ou bens de fácil realización suficientes para o abono. Trátase dun suposto que non presenta maior peculiaridade que a súa propia existencia, polo que resulta correcta a súa previsión legal para salvagardalo principio de reserva de lei, se ben o tipo de xuro aplicable debe entenderse que será o vixente ó longo do período no que aquel se perciba e non o vixente o día que comece a súa percepción.

En cambio, si se aparta da normativa xeral o suposto previsto no artigo 39 da mencionada lei, na redacción dada pola Lei 42/1994, polo que nos supostos de transmisións por herdanza, legado ou doazón de empresas individuais ou da vivenda habitual a favor do cónxuxe, ascendente, descendente ou parente colateral maior de sesenta e cinco anos que convívise co causante os dous anos anteriores ó falecemento, poderá aprazarse a débeda tributaria por un período de cinco anos sen necesidade de achegar garantía e sen dereito a percibir xuros de mora, terminado o mencionado pagamento poderá fraccionarse en dez prazos semestrais nos que se aboará o xuro legal do diñeiro. Estamos ante un beneficio fiscal que consiste na non percepción de xuros de mora e, no seu caso, na percepción do xuro legal que sempre é inferior ó de mora. A importancia práctica deste suposto límitase a aqueles casos nos que se incumpran as condicións para gozar de redución na base imponible que se contempla no artigo 20.2 da Lei do imposto.

Polo que respecta ó Imposto de transmisións patrimoniais, o artigo 113 do regulamento prevé a posibilidade de conceder-lo fraccionamento en tres anualidades das liquidacións derivadas da adquisición de vivendas destinadas a vivenda habitual, sempre que o seu tamaño non exceda de 120 metros cadrados. A solicitude de fraccionamento debe ser presentada antes da finalización do prazo regulamentario de pagamento ou, no seu caso, da presentación da autoliquidación e percibirase o xuro de mora desde a finalización do prazo antes citado ata a finalización de cada un dos prazos de pagamento da fracción correspondente. No caso de que o contribuínte transmita a vivenda durante os prazos de fraccionamento ou incumpra o pagamento dunha das fraccións, vencerán tódalas demais e aboaranse xuros ata ese momento.

2. Prórrogas de calquera tipo

Pese á mención expresa do art. 61.2 da LXT, non encontramos na lexislación vixente ningunha referencia a un prazo de prórroga pois desde que a Lei 10/1985 suprimiu o mencionado prazo non queda ningunha referencia nin na LXT nin no RXR. En efecto, nin aínda que aceptemo-la

opinión daqueles autores¹³² que entenden que o actual art. 61.3 da LXT contén a recarga de prórroga, pode aceptarse que o artigo 61.2 se refire á recarga única regulada na alínea seguinte do mesmo artigo que, ademais, contén unha regulación específica sobre a esixencia de xuros de mora. Razoamento análogo pode aplicarse á recarga de constrinximento reducida que contempla o parágrafo segundo do artigo 127.1 da LXT no que expresamente se exclúe a esixencia de xuros de mora.

Por conseguinte, deben reproducirse as coñecidas palabras de Collado Yurrita no sentido de interpreta-la expresión prórrogas de calquera tipo como «toda dilación en el pago del tributo, concedidas por órganos judiciales o administrativos, fuera de los casos previstos en el Reglamento General de Recaudación»¹³³ polo que tal mención constitúe unha cláusula residual¹³⁴ que se debe encher cos supostos que, tanto a doutrina como a xurisprudencia, entenden tradicionalmente incluídos no termo de prórrogas se ben, os ditos supostos encontran a súa base legal non só neste concepto tan difuso, senón tamén na regra xeral do 61.2 da LXT¹³⁵, repetida tamén polo artigo 21 do Texto refundido da lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

Pois ben, no que se refire ós tributos nos que a xestión corresponde a Galicia, podemos sinalar os seguintes supostos cualificables como prórrogas ou, se se prefire, suspensión de ingresos¹³⁶:

2.1. Prórroga do prazo de presentación dos documentos ou declaracións relativos ás adquisicións por causa de morte no Imposto sobre sucesións e doazóns

O artigo 31 da Lei 29/1987, do 18 de decembro reguladora do imposto sobre sucesións e doazóns establece a obriga, a cargo dos suxeitos pasivos, de presentar unha declaración tributaria nos prazos e forma que se determine regulamentariamente. En función da dita habilitación legal, o artigo 67 do Regulamento establece un prazo de seis meses desde o falecemento do causante para presentar un documento, que terá a consideración de declaración tributaria, cos datos identificativos do causante e os seus herdeiros, unha relación de bens e a súa valoración así como unha relación detallada das cargas, débedas e gastos. A excepción a este réxime xeral encóntrase no artigo seguinte xa que se prevé a posibilidade

¹³² Vid. MARTÍN QUERALT, J; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. e TEJERIZO LÓPEZ, J.M., *Curso de Derecho Financeiro y Tributario*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 472.

¹³³ Vid. COLLADO YURRITA, M.A., ob. cit., p. 513.

¹³⁴ Vid. CONDE Y CONDE, M., ob. cit., p. 40.

¹³⁵ Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 294 que entende que a base legal para a esixencia de xuros neste suposto é o art. 61.2.

¹³⁶ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J, ob. cit., p. 172.

de que, durante os cinco primeiros meses do mencionado prazo, os herdeiros o os seus representantes poidan solicitar unha prórroga doutros seis meses para a presentación dos citados documentos¹³⁷.

Nos supostos nos que o contribuínte opte pola declaración, a prórroga concedida trátase dunha dilación non dos prazos de ingreso senón dos prazos para declarar¹³⁸ mentres que nos supostos de autoliquidación adquire o carácter dunha prórroga no prazo de ingreso¹³⁹. Neste último caso, a percepción do xuro resulta lóxica co disposto na cláusula xeral do artigo 61.2 LXT (en certa medida reproducido no art. 26.1 NLXT) pois prodúcese o vencemento do prazo establecido para o pagamento sen que este se efectúe e isto porque, dito sexa de paso, tal precepto foi redactado pensando nos tributos xestionados mediante o sistema da autoliquidación. En cambio, cando o contribuínte opta pola declaración non pode dicirse que producira o vencemento do prazo establecido para o ingreso pois non existe, aínda, unha liquidación e, por iso, pode pensarse que aínda non se dan as condicións de liquidez e esixibilidade necesarias para que poidan percibirse xuros pero, como xa dixemos con anterioridade, non é necesario que a débeda sexa líquida senón que nalgúns supostos, como o que examinamos, é suficiente que sexa liquidable. Por iso, quizais sexa este o suposto que mellor encaixa no termo prórroga que emprega a LXT e a Lei de réxime financeiro orzamentario de Galicia.

Polo que se refire ós elementos de cuantificación, a especialidade radica no cómputo do prazo pois este iníciase sempre, xa se conceda a prórroga ou non¹⁴⁰, ó termo do prazo de seis meses desde a percepción do imposto, é dicir, desde o falecemento, e finaliza o día no que se presentan os documentos¹⁴¹. En canto á cantidade que serve de base, debe entenderse, ante o silencio tanto da Lei como do regulamento, que estará constituída pola cota que finalmente se liquide xa que, en todo caso, «poderase xirar liquidación provisional de acordo cos datos de que dispoña a Administración»¹⁴².

¹³⁷ Como é sabido, neste imposto coexisten dous modos distintos de xestión: un o da autoliquidación e, outro, o da declaración e posterior liquidación administrativa. A normativa do imposto trata de equiparar ámbolos sistemas e así o artigo 87.1 do Regulamento estende este tratamento ás autoliquidacións se este é o modo elixido polo contribuínte.

¹³⁸ Vid. PÉREZ DE AYALA PELAYO, C., «El tiempo de pago en Derecho Tributario: una reflexión», *RDFHP*, núm. 243, 1997, p. 220.

¹³⁹ Vid. BALLARÍN ESPUÑA, M., *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 86.

¹⁴⁰ Vid. art. 68.6 e 68.5 RISD, respectivamente.

¹⁴¹ Vid. a proposta de *lege ferenda* que realiza RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, ob. cit., p. 188, no que se refire ó cómputo da data de inicio.

¹⁴² Vid. art. 68.7 RISD.

2.2 Interrupción do prazo para a presentación dos documentos e liquidacións

O artigo 69 do Regulamento do imposto sobre sucesións e doazóns prevé a interrupción dos prazos establecidos para a presentación dos documentos e declaracións cando se promova litixio ou xuízo voluntario de testamentaría, comezando a contarse de novo cando sexa firme a resolución xudicial. A interrupción do prazo xustifícase pola incerteza sobre quén van se-los suxeitos pasivos do imposto ou cáles serán os bens que integrarán a base imponible. En tales circunstancias resulta lóxico conceder unha interrupción dos prazos e, ademais, a falta de esixencia de xuros de mora xa que non se pode dicir que a obriga tributaria sexa esixible.

Sen embargo, se, como di a alínea novena do artigo 69, «se dese lugar a que os tribunais declaren a caducidade da instancia que deu orixe ó litixio, non se reputarán suspendidos os prazos e a Administración esixirá as sancións e xuros de mora correspondentes a partir do día seguinte a aquel en que expirasen os prazos regulamentarios para a presentación dos documentos». De novo, a especialidade do caso radica no cómputo do prazo, o cal debe entenderse iniciado transcorridos seis meses do falecemento do causante.

2.3. Suspensión da práctica da autoliquidación no ITPAXD

O artigo 102.2 do Regulamento do mencionado imposto establece que «cando verbo da transmisión de bens e dereitos se promova litixio, non se interromperá o prazo de presentación pero o suxeito pasivo poderá suspende-la práctica da autoliquidación desde a interposición da demanda ata o día seguinte a aquel en que sexa firme a resolución definitiva que poña termo a aquel». A diferenza do suposto anterior, non estamos ante unha interrupción dos prazos para presenta-la declaración xa que os documentos deben presentarse no prazo fixado pois, noutro caso, estaríase cometendo unha infracción e impoñeríase a sanción correspondente, senón que o que se produce é a suspensión da práctica da autoliquidación e do subseguinte ingreso. En definitiva, pode afirmarse que estamos ante un suposto de suspensión de ingresos ou de prórroga que produce o correspondente xuro de mora.

Ante esta situación o contribuínte ten dúas opcións: a primeira consiste en paga-la cantidade correspondente e se, a consecuencia da resolución que se dicte, se produciu un ingreso indebido, solicita-la devolución do importe satisfeito máis, no seu caso, o xuro de mora ó seu favor. A segunda opción supón espera-lo resultado da resolución xudicial. Se esta non declara a nulidade, rescisión ou resolución do acto ou contrato deberá paga-los xuros de mora correspondentes ó transcurso do prazo de suspensión.

Ademais, se as partes litigantes deixasen de insta-la continuación do litixio durante un prazo de seis meses ou se suspendese o curso dos autos ou ben se se dese lugar a que os tribunais declaren a caducidade da instancia que deu orixe ó litixio, esixirase a práctica e ingreso das autoliquidacións cos xuros de mora correspondentes a partir do día seguinte a aquel en que presentase a declaración-liquidación sen practicar autoliquidación, tal e como esixe a alínea cuarta do artigo 102 RITPAXD.

2.4. *Práctica da taxación pericial contradictoria*

Como é sabido, nos impostos sobre Sucesións e doazóns e no de Transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados¹⁴³ resulta de especial importancia a comprobación dos valores declarados polo contribuínte xa que se inclúe como elemento de cuantificación o valor e non unha cantidade numérica perfectamente determinada¹⁴⁴. A comprobación de valores ten por obxecto cotexa-lo valor declarado polo suxeito pasivo coas previsións legais, polo que a estimación de valor do suxeito pasivo pode ser rebatida pola da Administración. Nestes casos, o artigo 52.2 da LXT, e no mesmo sentido o art. 135 da NLXT, establece que «o suxeito pasivo poderá, en todo caso, promover-la taxación pericial contradictoria, en corrección dos demais procedementos de comprobación fiscal de valores...».

O artigo 98 do Regulamento do imposto contén unha detallada regulación da taxación pericial contradictoria. A alínea primeira do dito precepto establece que deberá presentarse a súa solicitude no prazo da primeira reclamación que proceda e producirá o efecto de suspende-lo ingreso resultante da liquidación impugnada. Agora ben, se presentada a solicitude e realizado o dictame de peritos da Administración non se procedeu a designar perito polo solicitante no prazo de quince días, entenderase a conformidade do interesado co valor comprobado e, en consecuencia, terminado o expediente polo que deberá procederse ó ingreso da débeda e dos xuros de mora acumulados. Prodúcese, por tanto, unha suspensión do ingreso sen practicarse a taxación pericial contradictoria polo que deben liquidarse xuros polo prazo no que a liquidación se encontrou suspendida.

Por outra parte, á finalización do desenvolvemento normal da taxación pericial contradictoria, coa confirmación ou rectificación da liqui-

¹⁴³ Vid ARIAS VELASCO, J e SARTORIO ALBALAT, S., *Procedimientos tributarios*, Marcial Pons, Madrid, 1996, 6ª ed., p. 110. Como sinalan estes autores, no ISD e ITPAXD rara vez se discute o feito imponible en si, senón a valoración dos bens obxecto do negocio ou da transmisión.

¹⁴⁴ Vid. PERIS GARCÍA, P., *La comprobación de valores y las garantías del contribuyente*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 23.

dación inicial, liquidaranse os correspondentes xuros de mora tal e como establece o artigo 98.8 do Regulamento.

O artigo 48 do Texto refundido do imposto sobre transmisións patrimoniais prevé a suspensión do ingreso da cantidade resultante das liquidacións practicadas coa presentación da solicitude da práctica da taxación pericial contradictoria. O efecto que a dita solicitude produce encóntrase no artigo 121, alínea terceira, do Regulamento que prevé a percepción de xuros transcorrido o prazo de quince días sen facer designación de perito e, na alínea sétima, cando á vista do resultado obtido, a oficina confirme a liquidación inicial ou xire a complementaria que proceda con xuros de mora. Neste caso os xuros parecen limitarse ó suposto no que se procede a rectifica-lo valor declarado e non cando se mantén o mesmo valor. Pola similitude entre este suposto e o previsto na alínea anterior, referido ó ISD, cremos que sería lóxico darlle o mesmo tratamento a ámbolos supostos.

Por outra parte, o artigo 120.1 do Regulamento do imposto faculta os interesados para promove-la práctica da taxación pericial contradictoria dentro do prazo da primeira reclamación que proceda, engadindo o parágrafo segundo que «se o interesado estimase que a notificación non contén expresión suficiente dos datos e motivos tidos en conta para eleva-los valores declarados e denuncia-la omisión en recurso de reposición ou en reclamación económico-administrativa reservándose o dereito a promover taxación pericial contradictoria, o prazo a que se refire o parágrafo anterior contarase desde a data de firmeza en vía administrativa do acordo que resolva o recurso ou a reclamación interposta». Esta suspensión non se prevé por efecto do recurso senón pola eventual petición dunha taxación pericial contradictoria¹⁴⁵ xa que unha comprobación de valores que non reúna os requisitos necesarios de motivación, non se encontra debidamente notificada e, por iso, non cabe pedi-la taxación pericial contradictoria.

Dito isto, interesa precisar que a alínea terceira do artigo citado establece que «a solicitude de taxación pericial contradictoria, ou a reserva do dereito a promover a que se refire a alínea 1, en caso de notificación conxunta dos valores e das liquidacións que os tiveran en conta, determinará a suspensión do ingreso das liquidacións practicadas e dos prazos de reclamación contra eles» polo que, no suposto de que a resolución do recurso sexa desfavorable, percíbense xuros de mora polo tempo da suspensión, conforme ó 61.2 LXT (26 da NLXT).

¹⁴⁵ Neste sentido pronúnciase MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J., *Informes de la Asociación Española de Asesores Fiscales*, novembro de 1996, citado por RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 195.

3. Ingresos fóra de prazo como consecuencia dunha regularización voluntaria

Non se trata neste lugar de facer un estudio en profundidade sobre as recargas establecidas no artigo 61.3 da LXT (art. 27 NLXT) senón que se pretende traza-lo réxime xurídico do xuro de mora nestes supostos. Debemos advertir que estamos ante un cumprimento tardío, isto é, cando xa finalizou o prazo voluntario de ingreso¹⁴⁶, e que pode ser considerado espontáneo pola falta dun requirimento administrativo xa sexa na vía de xestión, inspección ou recadación¹⁴⁷. Pois ben, a esixencia de xuro de mora depende da magnitude do atraso pois se este é inferior a un ano, aplícanse as recargas únicas do 5, 10 ou 15 por 100 mentres que se é superior ó ano esíxese a recarga do 20 por 100 e os xuros de mora¹⁴⁸.

Polo que se refire ó cómputo do prazo, debe distinguirse entre o sistema tradicional de liquidación e o de autoliquidación. No primeiro caso, o dano á Facenda pública prodúcese pola demora na práctica da oportuna liquidación e, en consecuencia, do correspondente ingreso polo que o período de tempo que se debe computar esténdese desde a finalización do prazo de presentación da declaración ata que se presenta esta (art. 27.2 NLXT). En canto ás autoliquidacións, o período de cómputo esténdese desde a finalización do prazo de liquidación e ingreso ata a presentación da autoliquidación seguida do ingreso. No suposto de que á autoliquidación non lle siga un ingreso, será este último momento o que se teña en conta para xira-la liquidación de xuros, posto que o dano ás arcas públicas esténdese ata ese preciso instante.

A base sobre a que se vai aplica-lo tipo de xuro non presenta ningún problema pois estará constituída polo importe autoliquidado ou, no seu caso, o resultante da liquidación administrativa pola declaración presentada fóra de prazo sen requirimento previo no caso dos tributos xestionados polo sistema tradicional.

A especialidade máis importante radica na porcentaxe que hai que aplicar pois esta pode cambiar ó longo do período no que se percibe. Convén lembrar neste punto que desde a Lei 25/1995 de modificación parcial da LXT, o tipo de xuro aplicable é o vixente durante a percepción polo que deben terse en conta os diversos tipos vixentes ó longo do dito período de tempo. Polo demais, así o entendeu a Instrución 7/1995, do 28 de xullo aínda que non establece a forma na que debe de procederse

¹⁴⁶ Vid. COLLADO YURRITA, M.A., ob. cit., p. 500

¹⁴⁷ Vid. ESEVERRI MARTÍNEZ, E., «artículo 61» en VV.AA., *La Reforma de la Ley General Tributaria*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 90.

¹⁴⁸ PÉREZ ROYO e AGUALLO AVILÉS proponen unha interpretación dificilmente conciliable co art. 61.3 da LXT que consiste en non esixir xuros de mora polos primeiros doce meses (vid. ob. cit., p. 199).

á liquidación dos xuros. Tratándose de autoliquidacións seguidas de ingreso, a recarga e os xuros de mora correspóndelles ós órganos de xestión así como na liquidación administrativa practicada como consecuencia da presentación extemporánea e espontánea. Na liquidación resultante deben fixarse as datas tidas en conta, a base e os tipos aplicables xa que doutro modo colócase o contribuínte nunha situación de indefensión ante tal acto administrativo. A liquidación que se practique débelle ser notificada ó contribuínte e, a partir de aí, ábrese o prazo previsto no artigo 20.2 do RXR.

4. Ingresos fóra de prazo como consecuencia da actuación administrativa

O artigo 77.1 da LXT establece que «son infraccións tributarias as accións e omisións tipificadas e sancionadas nas leis. As infraccións tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia». O dito precepto concorda co establecido no artigo 10 do Código penal para a definición de delicto¹⁴⁹ co que se resalta a identidade substancial que existe entre as infraccións tipificadas como delicto e as tipificadas como infracción tributaria, pois ámbalas dúas consisten nunha acción u omisión típica, antixurídica, culpable e punible.

Pola súa banda, o artigo 183 da NLXT establece que son infraccións tributarias as accións ou omisións dolorosas ou culposas que están tipificadas e sancionadas como tales.

Non tratamos agora de realizar un estudo sobre o réxime xurídico das infraccións e sancións tributarias senón de destacar que, como dixo Simón Acosta, trátase de «conductas que vulneran o dereito obxectivo, que infrinxen unha norma imperativa do ordenamento, conductas que están tipificadas pola Lei que prevé para elas unha reacción represiva en forma de castigo»¹⁵⁰. Ademais desta violación do dereito obxectivo pode producirse unha violación do dereito subxectivo de crédito da Facenda pública¹⁵¹ polo que o lexislador pode adoptar diversos tipos de reacción: pode establecer unha sanción con carácter represivo e, ben alternativamente ben conxuntamente, a reparación do dano causado a través do xuro de mora. Pois ben, desde o Decreto-lei 6/1974, do 27 de novembro o ordenamento tributario compatibiliza unha reacción de carácter indemnizador cunha de tipo represivo ou sancionador, é dicir, a infracción tributaria implicará a imposición dunha sanción coa finalidade preven-

¹⁴⁹ Vid. FERREIRO LAPATZA, J.J., ob. cit., p. 451.

¹⁵⁰ Vid. VV.AA, *Cuestiones tributarias prácticas*, ob. cit., p. 686.

¹⁵¹ Vid. PÉREZ ROYO, E, *Infracciones y sanciones tributarias*, IEF, Madrid, 1972, p. 20.

tivo-represiva e o atraso no pagamento, na medida en que supón un prexuízo para o acredor, dá lugar á esixencia de xuros de mora.

Dado que o xuro de mora se aplica sobre unha cantidade de diñeiro, o seu ámbito de aplicación, en materia punitiva, circunscríbese ás infraccións graves pois nelas prodúcese, como regra xeral, unha falta de ingreso no prazo establecido¹⁵². Non obstante, debe realizarse unha matización para a infracción prevista na letra d do artigo 79, isto é, para a determinación ou acreditación improcedente de partidas a deducir ou compensar na base ou na cota de declaracións futuras pois, nestes casos, non se produciu un atraso no pagamento porque este aínda non se efectuou.

Pois ben, o artigo 87.2 da LXT (art. 180.4 NLXT) é o precepto que establece de forma específica a esixibilidade de xuros de mora nestes supostos «polo tempo transcorrido entre a finalización do prazo voluntario de pagamento e o día en que se practique a liquidación que regularice a situación tributaria». O artigo 69.3 do RXIT, na redacción dada pola Disposición final primeira do RD 1930/1998, do 11 de setembro do réxime sancionador tributario, establece que se a acta fose de conformidade, o día en que se entende practicada a liquidación determinarase de acordo co establecido no artigo 60. Polo tanto, o transcurso do prazo dun mes desde a data da acta firmada en conformidade sen recibir acordo do inspector-xefe polo que se dicta acto de liquidación rectificando os erros da liquidación anterior. No suposto en que o inspector-xefe opte por realizar algunha actuación, o dito atraso non debe imputárselle ó contribuínte pois non existiu demora imputable a este senón á Administración¹⁵³.

Agora ben, como indica Fernández López, «esta fórmula de terminación sólo resultará aplicable si la notificación se realiza o el mes vence antes del cumplimiento del plazo de doce o veinticuatro al que se refiere el artículo 29.1 de la LDGC»¹⁵⁴ pois doutro modo entenderanse finalizadas nos prazos mencionados. Tratándose dunha acta de desconformidade o prazo de cómputo finaliza ó mes seguinte ó termo do prazo para realizar alegacións xa que este é o prazo que ten o inspector para dicta-la correspondente liquidación e notificarlla ó interesado e, se non se realizase a liquidación correspondente no prazo fixado, no día en que finalice o dito prazo. No suposto posible de que o suxeito realice o pagamento antes do sinalado anteriormente, o mencionado pagamento terá

¹⁵² Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 363.

¹⁵³ Vid. Resolución do TEAC do 28 de abril de 1993. Igualmente, SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 380.

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I., *La comprobación de hechos por la Inspección de los Tributos*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 319.

a consideración de pagamento a conta da liquidación de xuros que se calcule, neste caso, ata o día anterior ó ingreso.

En fin, este mesmo criterio de cómputo do prazo aplícase ás liquidacións provisionais que realizan as dependencias de xestión que modifican as practicadas polos propios suxeitos pasivos, e isto tanto se estamos ante unha infracción¹⁵⁵ como se non o estamos, e nos supostos nos que a conducta do contribuínte poida ser cualificada como delicto pois, nestes casos, exclúese a sanción administrativa pero non a liquidación de xuros polo tempo transcorrido entre a finalización do prazo voluntario de pagamento e o día en que se practiquen as liquidacións tal e como establece o artigo 66.2 do RXIT.

Das actuacións de investigación e comprobación pode resultar que a liquidación practicada non é correcta, e que por iso debe rectificarse, pero non se cometeu ningunha infracción e, polo tanto, non procede impoñer ningunha sanción. En definitiva, a acta que, como dixo Guío Montero, «la Inspección actuaria propone en el curso de un expediente de comprobación de la conducta tributaria de un contribuyente concurriendo las siguientes circunstancias: aumento de la deuda tributaria a ingresar o disminución del crédito fiscal disponible por pérdidas y ausencia de sanción alguna en dicho expediente de comprobación»¹⁵⁶. Poden identificarse estas actas coas que conteñen a mención expresa á ausencia de motivos para proceder á apertura do procedemento sancionador por non consideralo xustificado ou actuario, mención que está recollida na alínea j do artigo 49.2 do RXIT, na redacción dada a esta polo RD 1930/1998. Este concepto pode estenderse sen que exista ningún obstáculo para iso a aquelas actuacións que se instrumentan a través das dependencias de xestión.

Desde a promulgación da Lei 25/1995 de modificación parcial da LXT terminou a polémica existente sobre a esixencia de xuros de mora nos expedientes de rectificación¹⁵⁷ pois a alínea 5 do artigo 77 prevé expresamente a percepción de xuros de mora nos supostos previstos no apartado anterior, é dicir, no heteroxéneo grupo de supostos que dan lugar á exclusión de responsabilidade por infraccións tributarias¹⁵⁸ ós que

¹⁵⁵ Vid. VELÁZQUEZ CUETO, F.A., *El interés de demora tributario: una reflexión crítica*, CaT monografías, núm. 98, 1989, p. 8. Neste caso sinala o autor que a regra de cómputo non pode ser outra.

¹⁵⁶ Vid. GUÍO MONTERO, F., «El acta de rectificación (una aproximación a su concepto)», *GF*, núm. 67, 1989, p. 123 e ss.

¹⁵⁷ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., pp. 242 a 248.

¹⁵⁸ Vid. PÉREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, IEF, Madrid, 1986, p. 308. Recóllense supostos de atipicidade, falta de culpabilidade, ausencia de antixuridicidade. Vid., igulamente, o art. 180.4 da NLXT.

deben engadirse aqueles outros supostos que, aínda que non están previstos no artigo citado, si dan lugar á exclusión de responsabilidade por infracción como, por exemplo, o erro ou a actuación segundo os criterios manifestados pola Administración en publicacións e contestacións a consultas¹⁵⁹.

Polo que se refire ó período de tempo a computar, debe destacarse que o R.D. 1930/1998 deu nova redacción ó artigo 69 do RXIT, no que se contén a regulación unitaria das liquidacións de xuros de mora. Desta forma os xuros percibiranse desde o día seguinte a aquel en que finalizou o prazo voluntario de ingreso ata o día en que se entende producida a liquidación, feito que depende do tipo de acta. Así, se a acta é de conformidade, a liquidación producirase, na maioría dos casos, de modo tácito polo transcurso dun mes desde a data daquela. Pola contra, se a acta é de desconformidade, o inspector-xefe dictará acto de liquidación dentro do mes seguinte ó termo do prazo para formular alegacións, sendo este tamén o momento a ter en conta se non se dicta tal acto.

5. O xuro percibido no procedemento executivo

O inicio do período executivo caracterízase pola percepción dunha recarga do 20 por 100 sobre a débeda non ingresada así como do xuro de mora correspondente. Este ten unha natureza indemnizadora que trata de resarcir á Facenda pública das cantidades deixadas de ingresar mentres que a recarga de constrinximento trata de compensalos custos derivados do inicio dun procedemento especial para o cobro do débito tributario¹⁶⁰.

Nestes casos, o réxime xurídico aparece recollido no artigo 127.1 da LXT que establece dous réximes diferenciados en función do momento no que ten lugar o ingreso. Pola súa banda, a NLXT establece un novo réxime para estas recargas que pasan a ser do cinco, dez ou do vinte por cento en función da fase do procedemento executorio no que nos atopemos.

Nada ten que ver o sistema de xestión do tributo en cuestión, é dicir se se trata de débedas liquidadas ou autoliquidadas, senón simplemente co feito de que o ingreso se efectúe con anterioridade á notificación da pro-

¹⁵⁹ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J.J., «Las consultas a la Administración en la Ley General Tributaria» en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, IEF, Madrid, 1991, p. 1408 e «Interpretación administrativa y consulta tributaria», *Civitas-REDF*, núm. 47-48, 1985, p. 495 e ss. Nestes supostos, ademais do artigo 77.5 a esixencia de xuros encontra respaldo específico no artigo 107.2 da LXT.

¹⁶⁰ Vid. SARTORIO ALBALAT, S., ob. cit., p. 436. O carácter sancionador da recarga de constrinximento foi defendido por LÓPEZ DÍAZ, A., *La recaudación de las deudas tributarias en vía de apremio*, Marcial Pons, Madrid, 1992.


videncia de constrinximento que é o acto administrativo que dá inicio ó procedemento de constrinximento. Polo tanto equipáranse as débedas previamente declaradas a través dun acto administrativo de liquidación e aquelas que declarou o contribuínte a través dunha autoliquidación sen ingreso tanto en período voluntario como en executivo.

Pois ben, nos supostos nos que o ingreso se produce antes da notificación da providencia de constrinximento, a LXT contemplaba a aplicación dunha recarga do 10 por 100 coa exclusión do xuro de mora percibido. A Administración tributaria, a través da Instrucción de 2 de novembro de 1995, entendeu que este réxime está condicionado a que o ingreso cubra o total da débeda pois se non é así, aplícase a recarga do 20 por 100 «sobre o total da débeda pendente ó inicio do período executivo (máis) os xuros de mora que se ten dereito a percibir desde o inicio do período executivo sobre o total importe da débeda». Esta interpretación, sen embargo, choca co establecido no artigo 107.2 do RXR que admite o pago parcial e a continuación do procedemento polo resto da débeda non pagada. Polo tanto, de acordo coa letra e o espírito do precepto, a solución idónea sería aplica-la recarga do 10 por 100 á parte ingresada e continua-lo procedemento pola parte que non se ingresou, aplicando sobre esta cantidade a recarga do 20 por 100 e o xuro de mora. Con todo, debe terse en conta, como xa anticipamos, a NLXT que contempla unha recarga do cinco por cento nestes supostos e que denomina recarga executiva.

Unha vez notificada a providencia de constrinximento ó debedor, a esixencia de xuro de mora ó debedor non ofrece ningunha dúbida pois así o establece expresamente o artigo 127.1 LXT (art. 28.3 da NLXT) Debe terse en conta que a NLXT distingue dúas recargas en función do momento do procedemento de constrinximento no que nos atopemos, a reducida do dez por cento e a ordinaria do vinteoito por cento. A única especialidade radica no cómputo do prazo e no modo de liquidación. Neste sentido, debe sinalarse que o artigo 109.1 do RXR establece que o dereito á percepción dos xuros prodúcese «desde o día seguinte ó do vencemento da débeda en período voluntario ata a data do seu ingreso». En relación coa data final de cómputo, é preciso destacar que o procedemento de constrinximento, a teor do establecido no artigo 23.3 da Lei 1/1998 de dereitos e garantías dos contribuíntes, non ten un prazo máximo de duración polo que pode estenderse ata que prescriba a acción de cobro, o cal pode supoñer un prexuízo para o debedor ó alongar, ás veces improcedentemente, a duración do procedemento. Isto sucede nas tercerías tanto nas de dominio como nas de mellor dereito xa que a súa interposición produce unha dilación no pago da débeda tributaria orixinado no propio procedemento. Nestes casos estimamos que a esixencia de xuros non resulta xustificada xa que a dilación non se debe ó debedor senón a un terceiro. Unha solución intermedia podería consistir en facer

depende-la percepción de xuros a que a terceira resulte desestimada¹⁶¹. Outro suposto podería estar constituído pola concorrencia do procedemento de constrinximento con outros procedementos xudiciais de execución. Nestes casos a exclusión de xuros está expresamente recollida no artigo 1916 Cc e 884 C de C para o concurso de acredores e a creba, respectivamente pero non no resto dos procesos de execución.

Polo que se refire á liquidación do xuro de mora, o artigo 109.4 RXR regula as formas de calcula-la débeda de xuros no procedemento de constrinximento. Segundo este precepto, cando se produza o pagamento da débeda constrinxida, practícase posteriormente a liquidación dos xuros seguindo o procedemento establecido para as liquidacións practicadas pola Administración, aínda que a Dirección Xeral de Recadación poderá acorda-lo cálculo e pagamento de xuros no momento de pagamento da débeda constrinxida. A liquidación sométese ó establecido nos artigos 120 e ss. da LXT polo que debe notificárselle ó suxeito pasivo expresando a base, que non incluíra a recarga de constrinximento, o tipo, o período de tempo, os medios de impugnación así como o lugar e o prazo para satisfacer-la débeda. Cando o cálculo se realiza no momento do pagamento, debe entenderse que a notificación de todas estas circunstancias se está producindo nese preciso momento.

O precepto citado regula outros dous supostos de cálculo dos xuros. Así, cando se trate da execución de bens embargados ou de garantías, practícase a liquidación de xuros ó aplicarlle o líquido obtido á cancelación da débeda. En cambio, se se embarga diñeiro en efectivo ou en contas, poderán calcularse e reterse os xuros no momento do embargo. O problema que formulan estes dous supostos é que non esixe o regulamento a notificación expresa dos xuros percibidos xa que producirá unha situación de indefensión no debedor pois só coñecerá o importe dos xuros xerados cando se levante o embargo sen que se lle outorgue a posibilidade de cuestionar, a través do exercicio do correspondente recurso, o importe da dita débeda. Por outra parte, este réxime constitúe unha excepción regulamentaria ó réxime legal das liquidacións polo que pode considerarse ilegal. Por tanto, estimamos que tamén nestes supostos debería realizarse a oportuna notificación. 

¹⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., ob. cit., p. 290.

FUNDAMENTO DA AUTONOMÍA FINANCEIRA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA E SITUACIÓN ACTUAL

Antonio Lizarriturri Rosende

Doutor en dereito pola Universidade da Coruña

Introducción

Coa chegada da democracia, preséntase en España a necesidade de aborda-lo problema da vertebración territorial do Estado. Este proxecto vaise levar a cabo con base en dous supostos. En primeiro lugar, a necesidade de trata-los problemas pendentes coas nacionalidades históricas, pero ademais era necesario substituír un Estado fortemente centralizado, dotado dunha burocracia obsoleta, e adoptar un sistema político máis achegado ós cidadáns onde teñan posibilidade de participación democrática en dous diversos centros de poder político e territorial, o cal supón unha participación máis activa e directa no terreo propiamente financeiro, unha maior aproximación ás verdadeiras necesidades públicas, así como unha relación de simetría entre ingresos e gastos¹.

Se o segundo suposto, que nos conduce a un federalismo operativo de execución, case ninguén o discute, non ocorre o mesmo coa vertente nacionalista ou historicista, que alberga moitos máis receos por gran parte da doutrina política e financeira.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Estudio Preliminar de «La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española», Instituto de Estudios Económicos (IEE) Madrid 1980, p. 14.

O problema global que se nos presenta é o de dilucida-la posibilidade de adaptación dunha distinción espacial a unhas peculiaridades financeiras.

Como primeira discusión, convén aclarar que a diferenza sociolóxica evidente non ten porque levar unha correlativa distinción económico-financiera do mesmo nivel. Esta cuestión, que poderíamos considerar como unha limitación, baséase no carácter dinámico da economía.

Así as cousas, a economía pode converterse nun factor de descentralización dos federalismos².

En realidade a situación política, social e económica do mundo actual parece estar en contra das concepcións federalistas orixinarias que propugnaban unha distribución de competencias baseadas na exclusividade. Esta posición cerrada deu paso a un novo modelo cooperativo baseado na participación, o convenio e a cooperación. Isto non nos debe conducir á conclusión precipitada de que o federalismo morreu: o federalismo simplemente se transformou adaptándose ás necesidades do mundo moderno. Se tomamos como exemplo o modelo dos EEUU, podemos observar que o federalismo de novo estilo é un concepto pragmático que destaca a interrelación de funcións entre os niveis centrais de goberno e os territoriais.

No caso español, no artigo 150 da Constitución española (CE) os termos de colaboración adquiren un contido formal. Por outra parte, o artigo 150.2 permite romper-lo límite da asunción de competencias por parte das comunidades autónomas (CCAA), establecido na lista que nos mostra o artigo 149.1 CE. Isto tráenos unha consecuencia política clara: a CE deixa unha porta aberta ó modelo político federal³.

Desta maneira, a distinción espacial –ou o que se deu en chamar «feito diferencial»– podería ter un tratamento adecuado no contido do dito artigo e, todo isto, sen prexudica-la unidade do sistema dadas as facultades que o propio artigo 150 lles outorga nas alíneas 2 e 3 ó Estado.

Atopámonos con dous tipos de federalismo: un, que podemos cualificar de histórico; outro, o denominado federalismo de execución ou operativo. Non se debe establecer entre eles unha posición antagónica, senón de complementariedade. É necesario, non obstante, matizar entre diferentes aspectos políticos que fundamentan a cada un deles, porque constitúen unha realidade dentro do mapa político-territorial español.

² MUÑOZ MACHADO, S. *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979, p. 311.

³ AJA FERNÁNDEZ e TORNÓ MAS «La Ley Orgánica de transferencias o delegación del artículo 150.2 de la Constitución española», *Documentación Administrativa (DA)* n.º 232-233, 1993. p. 186.

Antecedentes histórico-políticos do federalismo fiscal en España

Os antecedentes histórico-políticos do federalismo de corte nacionalista son diferentes para os diversos territorios do Estado.

No caso de Navarra, a Lei de reintegración e melloramento do réxime foral⁴, danos unha referencia ou explicación de carácter histórico: «avanzado o s. XIX, Navarra perdeu a condición de reino, pero a Lei do 25 de outubro de 1839 confirmou os seus foros sen prexuízo da unidade constitucional, e dispuxo que, coa participación de Navarra, se introducira neles unha modificación indispensable que reclama o seu interese, conciliándoo co xeral da nación e da constitución da monarquía».

No caso de Navarra a figura do convenio non constitúe o fundamento da autonomía financeira, senón que nace ante a necesidade de realizar unha harmonización e axuste económico entre os sistemas financeiros común e foral, que coexisten nun mesmo territorio e que forman parte dun espazo económico⁵. Trátase pois de levar a cabo un axuste co sistema financeiro do Estado. O convenio económico determina a normativa que lle reconece a Navarra unhas facultades moi amplas para establecer e mante-lo réxime tributario que estime conveniente sempre que non se opoña ós pactos internacionais.

A autonomía fiscal de Navarra é un dereito histórico preexistente á CE e que limita o exercicio da soberanía do Estado, sobre o territorio concreto, no que ó seu exercicio se refire. Respéctanse os pactos de incorporación de 1515 e 1841, así como o recente Pacto foral para o melloramento do foro⁶.

«Trátase pois, dunha manifestación do singular status de Navarra, difícil de encaixar en modelos ríxidos do constitucionalismo moderno, reído por principios unitarios, pero que existe e ten a súa principal eficacia na concepción da soberanía que de acordo co proceso histórico de unidade nacional, de ningún xeito pode considerarse ilimitada»⁷.

No caso do País Vasco, as tres provincias vascas sempre tiveron obrigas contraídas coa coroa de Castela, primeiro, e coa coroa de España, posteriormente. Desta forma levouse a cabo un sistema de prestacións persoais e patrimoniais, desde moi antigo, para satisfacer as necesidades

⁴ Lei orgánica de agosto de 1982, nº 13/82 de reintegración e melloramento do réxime foral. No preámbulo regula: «Navarra incorporouse ó proceso histórico de formación da unidade Nacional española mantendo a súa condición de reino».

⁵ DEL POZO LÓPEZ, J. «Las constituciones de 1931 y 1978, análisis comparado de los preceptos financieros y tributarios». *Hacienda Pública Española (HPE)* nº 59, 1979, p. 214.

⁶ DEL BURGO, J.J. «La autonomía Fiscal de Navarra» *HPE* nº 92, 1985, p. 206.

⁷ DEL BURGO, J.J. op. cit., p. 207.

da coroa. A importancia histórica dos foros vén determinada polo feito de que o titular da coroa se convertía en «señor» deses territorios despois de xuralos.

Os reinados de Fernando VII e Isabel II dan paso a un novo réxime constitucional, o cal dará lugar a problemas de conciliación entre os foros e os primeiros textos constitucionais, así como a concepción territorial e a política do Estado.

A primeira guerra carlista, a Constitución de 1837 e, sobre todo, a Lei do 25 de outubro de 1839, derivada do Convenio de Vergara, presentaron a cuestión do problema foral e a adaptación ó novo Estado. En Navarra aceptouse por medio da Lei paccionada do 16 de agosto de 1841, que deu lugar ó convenio económico.

O País Vasco establece o primeiro concerto económico no ano 1878⁸.

O primeiro sistema tributario que se pode cualificar de tal, aparece coa reforma de Mon-Santillán en 1845. Ata ese momento, aplicábanse en cada reino de España unhas figuras tributarias de orixe medieval, sen embargo, a pesar de que esta reforma tiña vocación de incidencia en todo o territorio nacional, no País Vasco, implantouse de forma tardía. O primeiro antecedente claro do concerto económico é o Real decreto do 13 de novembro de 1877, que estableceu unha cota para a contribución de inmobles, cultivo e gandería⁹.

A Lei do 20 de decembro de 1932 ten unha grande importancia porque implanta a contribución xeral sobre a renda de tódalas provincias do territorio nacional. Seguindo o percorrido histórico que estamos realizando, atopámonos cun importante e á vez curioso feito: ó finaliza-la

⁸ BASAS FERNÁNDEZ, M. «Iniciación del sistema de Tributación Vascongada mediante Concerto Económico: 1878-1887». HPE nº 92, 1985, pp. 231-232.

No concerto sinaláronse as cotas para os diferentes impostos. A cota vese afectada pola posterior Reforma de Raimundo Fernández Villaverde, realizada a principios de século.

O último concerto que se realizou para a totalidade das provincias vascongadas, nesa época, foi en 1925.

⁹ TANCO MARTÍN-CRIADO, J. «El cupo vasco y el concepto de carga asumida» en *Financiación de las Autonomías e infracciones y sanciones tributarias*, Instituto de Estudios Fiscales (IEF) Madrid, 1986, p. 285, 455. Sobre a incidencia que a reforma tributaria tiña, nas diferentes parroquias ou comunidades, é conveniente citar a un autor da época, Manuel Colmeiro, que expón o seguinte: «Un estado compuesto por pueblos distintos por los caracteres, tradiciones, hábitos e intereses de los habituales y hasta por el clima y producciones de sus tierras repugnará la centralización administrativa como ley; allí será preciso introducirla como costumbre. Entre tanto bien podrá ser la administración más costosa y complicada, pero nunca dura, cruel ni opresiva. Nuestros abuelos que entendían poco de las sumibles teorías de gobierno, pero meditaban profundamente sobre los hombres y sobre las cosas, pensaron que cada provincia es de su manera y abunda en el sentido de gobernarse...» en *Tratado Elemental de Economía Ecléctica*, librería de Antonio Calleja, Madrid 1845, p. 412-413.

Guerra civil española, por Decreto lei do 23 de xullo de 1937 suprimíase o concerto das provincias de Guipúscoa e Biscaia, pero mantense, sen embargo, a provincia de Álava. Ó propio tempo mantíñase tamén o Convenio de Navarra.

Se nos referimos ó ámbito estatutario como norma de autonomía, temos que sinalar que o Estatuto do País Vasco de 1936 declaraba que: «*El País Vasco podrá adoptar el sistema tributario que estime justo y conveniente*» (art. 12). Sobre o tema da cota declarábase que: «*Álava, Guipúscoa e Biscaia continuarán facendo efectiva a súa contribución ás cargas xerais do Estado na forma e condicións mencionadas con forza de lei polas cortes constituíntes do 9 de setembro de 1931*» (art. 13).

O Estatuto vén encadrado dentro da Constitución de 1931 que constitúe, sen dúbida, o antecedente máis cualificado da vixente Constitución de 1978 en materia de organización territorial do Estado¹⁰.

O nacionalismo vasco vaise converter, ó final, nun elemento diferencial respecto das demais autonomías. O seu nacionalismo supón a intención de conxuga-las tendencias foralistas que parten do carlismo coas novas concepcións industrialistas¹¹.

Nos casos catalán e galego a situación é diferente. En Cataluña anticipárase un proceso modernizador baleiro de contidos tradicionalistas. O caso galego e as súas reivindicacións nacionalistas conducidas por Castelao teñen as súas orixes nunha economía fundamentalmente agraria, que non acadaba un cambio substancial nos medios de produción. As aspiracións rexionalistas chocaban frontalmente cunha centralización ríxida que foi constante na organización política e administrativa española debido ó carácter oligárquico do sistema político¹².

Dentro destas dúas nacionalidades históricas xurdiron, posteriormente, voces que reclamaban a súa auténtica autonomía e recoñecemento como territorios diferenciados por motivos etnográficos, lingüísticos, culturais e, incluso, económicos.

¹⁰ TRUJILLO, G. *Consideración sobre la identidad constitucional del Estado autonómico*, Organización territorial del Estado, Ed. Universidade de Salamanca, 1993, p. 125.

¹¹ MARTÍN MATEO, R. *Manual de Derecho Autonómico*. Publicaciones Abella, Madrid 1986, pp. 15 e 55.

O País Vasco incorporouse cedo á coroa de Castela e dispón dun sistema peculiar, denominado réxime foral, o que remite ós foros medievais. Sistema común á época que recoñecía situacións de autogoberno e institucións propias do medievo. Sobre este particular pode consultarse, tamén, o artigo do mesmo autor: «El nuevo regionalismo» RDV, 37, 1974, e a Rubianes Torrejón: «Aproximación a los conceptos de Nación, Región y Estado desde una perspectiva jurídica» en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, N° 15, 1977.

¹² AJA ELISEO e outros: *El sistema Jurídico de las Comunidades Autónomas*. Tecnos, Madrid 1985, p. 60.

A importancia da autonomía financeira para o adecuado desenvolvemento da autonomía política foi destacada en varios dos textos destes autores. Así o fai Pi y Margall: «No es ahora el momento de decir cuál sería el mejor Sistema Tributario. En las naciones federales son posibles, como en las unitarias, todos los sistemas. Lo esencial sería que cualquiera que fuese el que se adoptara, tuviese completa separación entre la Hacienda del Estado, la de las Provincias y la de los Pueblos»¹³.

Sen embargo, a República federal de Pi y Margall non formulou un proxecto claro que cristalizase a súa proposta ideolóxica-filosófica nunha praxe xurídico-política que puidese dar lugar a unha auténtica realidade rexionalista, que se estaba formando en sectores de poboación relativamente amplos¹⁴.

Cabe dicir que é Cataluña, precisamente, a partir das previsións constitucionais da II República, a que mantén un réxime estatutario de maior permanencia.

En Galicia, outro autor, neste caso Alfredo Brañas, vai facer fincapé na delimitación do espacio diferenciado como núcleo para levar a cabo unha serie de relacións sociais, políticas e económicas. A idea de Brañas é importante no sentido de que, dentro dunha argumentación poética de gran beleza, destaca un texto esencial que inspira toda a problemática da autonomía tanto na súa vertente política como na financeira. Trátase de delimita-lo concepto de espacio diferenciado ou específico. Así, examinando o seu ton poético podemos obter unhas conclusións gráficas da necesidade da especificidade: «Todavía están muy lejos los pueblos europeos de gozar del aura suave de la verdadera libertad; en la atmósfera flotan aun los microorganismos del despotismo gubernamental y del socialismo pagano. El aire que respiramos no puede sanearse ni purificarse mientras no se reconozca la personalidad jurídica de las regiones dentro de cada estado nacional y no se borren esas líneas arbitrarias de las divisiones administrativas para sustituirlas por los linderos indelebles trazados por la Providencia, conservados por la naturaleza y respetados por la Historia»¹⁵.

Na República Española de 1931 vaise formular por vez primeira o dar resposta ó tema das nacionalidades. Ó non querer levar a cabo a constitución dun Estado autenticamente federal, a fórmula utilizada foi a crea-

¹³ PI Y MARGALL, F.: *Las Nacionalidades*. Cuadernos para el diálogo. Madrid 1973, p. 384.

¹⁴ LEGUINA, Joaquín, «La autonomía regional y el sistema social» (dentro de la obra: *Organización territorial del Estado*, Ed. Universidad de Salamanca, 1993, p. 56).

¹⁵ BRAÑAS, Alfredo, *Obras Selectas*, Ed. Xuntanza, A Coruña, 1990, p. 360.

A visión de Brañas neste parágrafo transcrito é unha visión espacial, posteriormente observaremos que o propio autor fai referencia á autonomía financeira.

ción do denominado Estado «integral» como fórmula alternativa, pero que deixaba moi clara a preeminencia do Estado¹⁶.

Dentro da política de recoñecemento das nacionalidades históricas levada a cabo pola Constitución de 1931, se nos centramos no caso de Cataluña, debemos sinalar que o feito diferencial catalán se tivera en conta á hora de elabora-lo Anteproxecto de lei do novo Estado republicano¹⁷. Ponse de manifesto a existencia de feitos diferenciais e de pretensión por parte dalgunhas rexións, a pesar da xeral aceptación, na maioría do Estado, do sistema territorial vixente: «Las provincias han adquirido en el curso de un siglo, personalidad y relieve que nadie puede desconocer, y en la mayor parte del territorio nacional, nadie protesta contra esa organización ni se reclama otra. Hubiera sido pues, arbitrario, trazar sobre el papel, una República Federal que, por lo visto, no apetece a la generalidad del pueblo a quien habría de serle impuesta. Mas con igual claridad, en otras regiones han surgido o apuntan anhelos de personalidad autónoma...»

No ámbito catalán, se nos referimos ó aspecto financeiro, hai que reseña-lo escaso grao de autonomía dos ingresos. As teses de Larraz (que foron recollidas, en parte, polo estatuto definitivo) criticaban a falta de unidade en materia de tributación directa, que supón un control na distribución da renda e a riqueza.

A falta de control levaría a un poder fiscal carente de unidade¹⁸. Desta maneira foi necesaria a intervención do propio Azaña, que se encargou de encamiñar unha situación tan delicada como era a de asegura-la unidade da soberanía fiscal¹⁹.

No caso galego, o artigo 18 do Proxecto do Estatuto contiña as fontes do financiamento para esa comunidade²⁰. Por outro lado, os recursos

¹⁶ LEGUINA, J. *La autonomía regional*.

¹⁷ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A. *Federalismo y Autonomía, Cataluña y el Estado español*, Grijalbo, Barcelona, 1979, p. 288.

¹⁸ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A. op. cit., p. 326 e 55.

¹⁹ O Estatuto definitivo no seu artigo 16 regula «En calquera momento o ministro de Facenda da República poderá facer unha revisión extraordinaria no réxime da Facenda do presente título, de común acordo coa Generalitat e se isto non fora posible, a reforma deberá someterse á aprobación das Cortes e é preciso o voto favorable da maioría absoluta».

²⁰ Constitúen a Facenda de Galicia:

A) Os bens de uso público, non municipais e os privativos do Estado destinados a algún servizo público ou ó fomento da riqueza xeral que, por estaren en territorio galego, quedan transferidos á rexión a partir da aprobación deste Estatuto.

B) Os dereitos do Estado en territorio galego relativos a minas, auga, caza e pesca que así mesmo lle transfiran.

C) Os bens e impostos, dereitos e taxas das deputacións galegas e os que, conforme a este Estatuto, poida adquirir e crea-la rexión.

procedentes dos patrimonios e ingresos de dereito privado aparecen reflectidos con maior claridade na redacción do Proxecto de Estatuto galego ca nos estatutos vasco e catalán.

A autonomía financeira para Galicia aparece xa reivindicada nos textos de Brañas: «Allí donde ha imperado la centralización política, existe aún la centralización económica, prueba irrecusable de que puede engendrar a la otra; allí donde arraigó la centralización de servicios administrativos, nació como consecuencia suya la servidumbre de las haciendas provinciales y comunales y su ciega sumisión a la Ley Única de Presupuestos Generales del Estado y, por lo tanto, a la centralización fiscal»²¹.

Concluiremos esta sucinta exposición de antecedentes históricos subliñando a importancia que a Constitución de 1931 tivo como precedente da actual no tema do «federalismo histórico». Para isto citaremos palabras de Osorio y Gallardo: «Naturalmente para el caso de que surjan Estatutos regionales, hemos señalado cuáles son aquellas materias de que el Estado no puede desentenderse. Surgido en tal supuesto un régimen federal para determinada parte del territorio, no podían quedar abandonados a la discusión de una ley concreta aquellos asuntos en los que la unidad de pensamiento y de acción constituye una prenda de pacífica convivencia entre los españoles [...] advertimos que, al señalar las atribuciones inalienables del Estado, nos hemos guiado por lo que establecen las constituciones federales de Europa y por lo que han aceptado hasta fecha reciente los partidarios más estudiosos del federalismo en nuestra patria»²².

A descentralización fiscal operativa

A partir do ano 1944 desprégase en todo o mundo occidental unha nova concepción do rexionalismo. Esta concepción baséase en razóns de carácter eminentemente práctico, é dicir, aséntase sobre unhas bases de

D) O produto dos impostos que o Estado lle cede, e as participacións e compensacións que lle recoñeza para cubri-lo custo dos servicios que polo Estatuto se lle transfiren.

E) Os bens procedentes de herdanzas intestadas a que se refire o artigo 956 do Código civil cando o causante teña condición de galego conforme a este Estatuto. Os bens aplicaranse a fins de cultura, beneficencia e fomento na rexión, ou á extinción da débeda contraída a tales obxectos.

²¹ BRAÑAS, A., op. cit, p. 360.

²² Intervención de Osorio y Gallardo no Anteproxecto da Constitución de 1931. Jiménez de Asua, defensor da modalidade de Estado integral sinala «*Deliberadamente no hemos querido declarar en nuestra Carta Constitucional que España sea una República Federal [...] porque hoy, tanto el unitarismo como el federalismo están en franca crisis teórica práctica*» (cit. González Casanova, p. 291).

carácter puramente operativo. Preténdese unha maior eficacia na xestión e responde, en definitiva, ás esixencias da sociedade moderna ante as crises do Estado centralizado e as novas políticas de desenvolvemento económico.

Pero a descentralización non só supón unha maior eficacia, ó propio tempo supón unha dimensión de democracia, porque se incrementa a participación dos cidadáns na toma de decisións²³.

En palabras de Enterría²⁴, o novo rexionalismo non exclúe o que el cualifica de «signo romántico», pero tampouco se orienta cara ás mesmas metas.

A utilización do termo «descentralización» dentro do ámbito xurídico-político require certas matizacións: a descentralización non implica necesariamente unha división do poder político, non faltan autores que consideran que entre os termos de federalismo e descentralización non existe ningunha diferenza de natureza, senón tan só o grao; desta maneira, o federalismo suporía unha descentralización moi avanzada²⁵.

A utilización do termo federalismo, pola súa parte, é bastante perigosa no sentido de que pode levar a un elevado grao de confusión, pois desde a experiencia dos gregos ata a Constitución americana de 1787, o significado do «federalismo» foi a voluntaria asociación de comunidades politicamente iguais para conseguir un reducido número de propósitos centrais²⁶.

Por todo isto, debemos de considerar que, nos tempos actuais, o termo descentralización vai normalmente acompañado dun reparto do poder político distinto na súa orixe, pero de consecuencias operativas similares.

Descentralización supón residenciar novos centros de decisión nun contexto social diferente, nunha organización nova, distinta do centro orixinario. Se a descentralización é profunda vanse dota-los novos entes de organización política e tamén de potestade lexislativa.

No que ó caso de España se refire, o modelo de Estado centralizado non servía para afronta-las perspectivas futuras. Non se trataba de responder a vellas expectativas rexionalistas, senón de que a conciencia do

²³ MARTÍN MATEO, R. *Manual de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985, p. 161.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Civitas, Madrid, 1985, p. 53 «Podemos decir, no obstante, que cuando una y otra de esas pulsiones se encuentran, la institucionalización regional se presenta como una fórmula óptima, una especie de matrimonio de amor que integra a la vez lo estructural y lo espiritual profundo».

²⁵ DUVERGER, M. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1962, pp. 74-75.

²⁶ PEÑUELAS I REIXACH, *Poder financiero y federalismo en los Estados Unidos*, IEF, Madrid, 1989, p. 25.

vello Estado burocrático estaba realmente obsoleta e, polo tanto, era necesario deseñar un sistema máis próximo ós seus destinatarios²⁷.

Un dos principais temas que presenta a descentralización, é a posibilidade de que os entes descentralizados gocen de potestade lexislativa, así como poidan determina-lo seu alcance.

O normativismo ten uns claros precedentes nas doutrinas de Kelsen²⁸. Para o profesor de Viena, a descentralización non é máis ca un fenómeno polo cal existe máis dun poder nunha estrutura xurídica. Tere-mos que examinar, pois, o contido dese poder para chegar á conclusión de que a descentralización sexa puramente administrativa para a execución de decisións do poder central, ou por países onde existen máis áreas de decisión diferente á do poder central, aínda que estas sexan incompletas²⁹. Isto último é o que configura o actual modelo de Estado moderno e cooperativo.

A potestade lexislativa constitúe a máis fiel manifestación da autonomía rexional e os límites que se lle impoñan a esta potestade son os que reconducen o ordenamento xurídico á unidade³⁰.

A existencia dunha descentralización que se alcanza en España respecto á atribución de competencias e na esfera do gasto, non impide que existan certas cautelas que a CE observa cara a respecta-los principios políticos de unidade. Conceder unha autonomía total e absoluta en materia de gastos e ingresos das CCAA, sería incompatible coa propia existencia do Estado, porque deixa a este desprovisto dun espacio competencial

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Estudio preliminar sobre la distribución de competencias económicas», op. cit. p.14.

²⁸ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 315-316, «...Si el Estado es concebido como un orden de conducta humana y, por ende, con un sistema de normas que cuenta con una validez tanto temporal como espacial, el problema de la articulación territorial del Estado en Provincias, o en así llamados estados federales, es un problema del dominio de validez territorial de las normas que constituyen el orden estatal. La representación normal del Estado parte del simple supuesto que todas las normas que constituyen el orden estatal tienen validez de igual modo para todo el territorio del Estado, o –en tanto uno se refiera a la persona o autoridad que impone las normas– que provienen de una única instancia, de que una única instancia gobierna desde un centro sobre todo el territorio del Estado».

²⁹ RAMALLO, J. «Incidencia de la Constitución Española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas», en *Hacienda y Constitución*, Madrid, 1979, p. 70.

³⁰ O artigo 149.3 CC regula «as materias non atribuídas expresamente ó Estado por esta Constitución poderán corresponderlles ás comunidades autónomas, en virtude dos seus respectivos estatutos. A competencia sobre as materias que non se asumiran polos estatutos de autonomía corresponderalle ó Estado, que ten unhas normas que prevalecerán en caso de conflito, sobre as das comunidades autónomas en todo o que non estea atribuído á competencia exclusiva destas. O dereito estatal será, en todo caso, supletorio do dereito das comunidades autónomas».

mínimo, que é o que dá orixe á súa propia existencia³¹. Pero é absolutamente necesario que exista un grao importante de autonomía financeira que «nos aparece como instrumento máis idóneo verbo da salvagarda da autonomía política»³².

Se considerámo-la dobre vertente económica de nacionalidades e rexións, poderíamos dentro deste «iter» argumental, propugnar unha dobre vertente financeira adaptada, en todo caso, ás características e necesidades estruturais, e incluso conxunturais dun ente autónomo, así como as súas especiais características político-sociolóxicas. *A sensu contrario*, se seguimos unha concepción puramente operativa do sistema de financiamento, podemos caer facilmente na tentación de identificar autonomía financeira con suficiencia de recursos, é dicir, entender esa autonomía financeira desde unha perspectiva meramente cuantitativa para facer fronte ás competencias asumidas. Debemos considerar que existe outra vertente que leva implícita unha capacidade para tomar decisións e vén constituí-la vertente cualitativa³³. A existencia de autoridades políticas de carácter territorial implica, neste sentido, o exercicio de toma de decisións baseadas na proximidade ó cidadán. O fundamento político aparece desvelado coma un antecedente da autonomía financeira, pero a autonomía política é unha actividade substancialmente abstracta³⁴. A autonomía financeira constitúe, pois, unha manifestación do principio xeral e está destinada a facer efectivas as competencias das CCAA, por isto se concreta nunha facenda propia para cada comunidade.

Dentro das competencias que teñen os entes territoriais autónomos, atópase a elaboración, aprobación e execución do orzamento propio, e isto leva a procurarse uns recursos financeiros para poder executarse.

³¹ FERREIRO LAPATZA, J. J. *La Hacienda de las Comunidades Autónomas en los diecisiete Estatutos de Autonomía*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1985, p. 5.

³² MARTÍN QUERALT, J. *La institucionalización de la Hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía*, H.P.E., 1973, p. 120.

³³ Ortuño Salazar, A. «La Autonomía Financiera de las Comunidades Autónomas» *Presupuesto y Gasto Público (PGP)*, n° 5, 1991, p.51.

Unha Facenda autónoma –sinala este autor– esixe poder tomar decisións e, polo tanto, deseñar políticas, tanto respecto ós gastos como ós ingresos. O noso TC fíxose eco desta pretensión e, desta maneira. Fixa o alcance da autonomía financeira na súa xurisprudencia: «Esixe plena disposición de medios financeiros para poder exercer, sen condicionamentos indebidos, e en toda a súa extensión, as competencias propias, en especial as que se confirman como exclusivas, entraña a liberdade dos órganos de goberno das comunidades autónomas en canto á fixación do destino e á cuantificación e distribución do marco das súas competencias» (STC 18 de abril de 1996, FX 10, BOE maio de 1996).

³⁴ CARRERA RAYA, F. J. «Observaciones sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional» *Revista de Hacienda Autonómica y Local (RHAL)*, n° 62, 1991, p. 339.

O carácter marcadamente instrumental que ten a autonomía financeira supón un criterio teleolóxico ou finalista dunha interpretación relevante, que nos permite coñecer ata ónde vai chega-la mencionada autonomía tanto na área do gasto coma na dos ingresos. Como sinala Ferreiro³⁵: «refiriéndonos fundamentalmente a los gastos, su realización separada por el Estado y territorios autónomos debe de evitar las deseconomías de escala que forzosamente se producen cuando el centro de poder que toma las decisiones abarca un espacio que, por sus dimensiones o complejidad, no puede conocer con demasiada exactitud y en el que no se puede controlar con rigor la adaptación de la ejecución de la decisión tomada».

No aspecto puramente económico a estrutura de ingreso-gasto de bens e servicios gobernamentais debe adaptarse ás preferencias dos consumidores³⁶. Trátase dunha solución baseada no óptimo de Pareto que radica na soberanía plena do consumidor.

En calquera caso, a Facenda central debe ir traspasándolles ás facendas territoriais o maior número de recursos posibles, pero só outorgándolles ás CCAA capacidade normativa sobre os recursos transferidos se poderá lograr un incremento da autonomía financeira real³⁷.

³⁵ FERREIRO LAPATZA, J. J. «La Hacienda...» op. cit. p. 11.

³⁶ *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, IEF, Madrid, 1995, pp. 160-161. (No sucesivo utilizaremos-la palabra «informe» -1995). O mencionado informe, ó que se refiren en múltiples ocasións a meirande parte dos autores, foi elaborado por Monaster Escudero, Pérez García, Sevilla Segura e Sole Vilanova (grupo de estudos constituído a proposta do Consello de Política Fiscal e Financeira).

O informe pon en conexión ou relación directa os conceptos de corresponsabilidade e de Administración financeira. Resulta claro que outorgarlles ós entes autonómicos simples facultades de xestión ou de administración dos recursos non resolve o problema da corresponsabilidade fiscal. É necesario que as facendas autonómicas dispoñan de instrumentos financeiros propios e encamiñar a través deles a busca de recursos adicionais.

³⁷ TIEBOUT, C. «Una teoría para el Gasto Público Local» HPE, n° 50 1978, pp. 325 e 55.

A formulación, que ten a súa orixe nas teorías de Alchían, aparece recollida por outros autores: Tullock (1970), Bretton Scott (1978), etc.

A xuízo de Tiebout, Musgrave e Samuelson, non existe ningunha solución de mercado para determina-lo nivel de gasto en bens públicos. Con isto, encontrámonos ante o feito de ter asignada de forma «inóptima» unha porción considerable da nosa renda nacional en comparación co sector privado.

A autonomía financeira na constitución de 1978

A autonomía financeira das CCAA parte dun principio previo regulado no artigo 2 CE, que consagra o dereito á autonomía dentro da unidade da nación; «A Constitución fundaméntase na indisoluble unidade da nación española, patria común e indivisible de tódolos españois e reconece e garante o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións que a integran e a solidariedade entre todas elas». O presente artigo, situado no frontispicio da nosa Carta Magna, recolle as ideas básicas que logo volverán aparecer ó longo de todo o articulado³⁸. Como podemos observar, aparece o termo «nacionalidades» diferenciado doutro termo de carácter territorial, o de rexións. Isto preséntano-lo problema de posibles distincións de carácter competencial e financeiro respecto a eses territorios denominados «históricos»³⁹.

O termo nacionalidade comezou a utilizarse como algo diferenciado, illadamente, na última metade do s. XIX e vai referido a comunidades cunha integración e autoidentificación que presentan trazos comúns coas nacións pero que, sen embargo, conviven dentro dun mesmo Estado. O termo nación aparece configurado de forma tardía. Antes do s. XIX, o termo non ten unha especificación nada clara a pesar de que se utiliza para aplicar ás grandes realidades políticas.

³⁸ CAZORLA PRIETO, L. M. «El esquema constitucional de la Hacienda en las administraciones públicas españolas» HPE, n.º 54, 1979.

³⁹ *A priori* non é así, a CE limitase a facer dous tipos de distincións de tipo financeiro. A primeira vai referida ós dereitos históricos dos territorios forais: «A Constitución ampara e respecta os dereitos históricos dos territorios forais. A actualización xeral do dito réxime foral, levarase a cabo, no seu caso, no marco da Constitución e dos estatutos de autonomía». Disposición adicional primeira.

A disposición adicional terceira corresponde ó réxime fiscal especial para as illas Canarias: «A modificación do réxime económico e fiscal do arquipélago canario requerirá un informe previo da comunidade autónoma ou, no seu caso, do órgano provisional autonómico».

O caso de Canarias é peculiar, xa que obedece fundamentalmente a razóns de distanciamiento das illas, escaseza de recursos naturais e razóns comerciais.

É de grande importancia, á hora de defini-lo alcance dos dereitos históricos forais, cita-la xurisprudencia do TC onde se matiza o aspecto diferencial con outras CCAA. Tomamos como exemplo a S.T.C. 11/1984 do 2 de febreiro «...As fontes das que nacen as competencias dos territorios históricos, por un lado, e das comunidades autónomas, polo outro, son necesariamente distintas. Os territorios históricos, son titulares de dereitos históricos, comparados e suxeitos a actualización no marco da Constitución e dos estatutos de autonomía, en virtude da disposición adicional primeira da Constitución, polo que a delimitación de competencias territoriais poderán esixir unha investigación histórica de cáles serán tales «dereitos», mentres que as competencias das comunidades autónomas son o que estas, dentro do marco establecido pola Constitución española, asumiran mediante os seus respectivos estatutos de autonomía e as posibles normas delimitadoras de competencias dictadas no marco das anteriores para saber cáles serán as correspondentes a cada comunidade».

Cunha revolución liberal o concepto de nación pasa a ocupar un primeiro plano. O nacemento dunha nova Constitución –que varía substancialmente a situación político-social preexistente– podería facernos pensar que esa variación vai ter implicacións no mesmo sentido no que se refire ó ordenamento financeiro⁴⁰. Esta teoría é inicialmente certa, pero hai que considerar que o dereito constitucional na súa parte tributaria acuñou uns principios de interpretación ampla e á vez flexibles con capacidade funcional para adaptarse a varios sistemas. No caso concreto da CE de 1978, o que si foi necesario, dada a nova estrutura territorial do Estado, foi a necesaria reforma da lexislación territorial tributaria.

A segunda parte do proceso de construción das autonomías, unha vez perfilada a distribución territorial do poder político, pasa a forxar un modelo adecuado de relación entre o Estado e as CCAA, e este modelo ten ou debe basearse no aspecto transaccional, en instrumentos de concertación. Neste sentido, a LOFCA e a Lei de fondo de compensación territorial apuntan nesa dirección. A creación do Consello de Política Fiscal e Financeira vai supoñer un aspecto positivo á hora de chegar a acordos en temas de financiamento, evitando así a intención de cada unha das partes de impoñer os seus propios criterios, e ter que recorrer, en moitos casos, ó Tribunal Constitucional⁴¹.

Existe no campo financeiro unha tendencia xeneralizadora, por parte dos representantes de determinadas CCAA, que intentou plasmarse no proxecto de lei da LOFCA⁴². Sen embargo, vai se-la CE a que, realmente, fixe o determinado teito financeiro das respectivas CCAA.

⁴⁰ CAZORLA PRIETO, L. M. «Incidencia de la nueva Constitución en la legislación territorial tributaria», en Hacienda y Constitución, IEF, Madrid, pp. 747-748.

⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. «Autonomía y Actividad Financiera» dentro da obra *Financiación de las Autonomías...* op. cit. pp. 142-143.

⁴² A emenda era, en síntese, a seguinte: «As comunidades autónomas, gozarán de idénticas autonomías financeiras, se así o desexan, ás establecidas nos estatutos que foran aprobados antes da promulgación da presente Lei orgánica de financiamento das comunidades autónomas».

A defensa desta emenda estivo a cargo do deputado do Grupo Andalucista, Sr. Pérez Ruiz e foi contestada polo deputado do Grupo Centrista, Sr. Aguirre de la Hoz, alegando, entre outras razóns, que «... el techo de la autonomía financiera no va a venir marcado por esta Ley sino por la Constitución...»

A solución alegada polo Grupo Centrista parécenos correcta, pero isto non significa que o proceso de xeneralización do tema autonómico apareza reflectido na memoria do Anteproxecto da lei «...Este fenómeno non se circunscribe exclusivamente a un desexo sentido por aquelas minorías que no pasado posuíron unha personalidade política propia e que a perderon no proceso de constitución dos actuais estados nacionais. O afán de autogoberno é apoiado por grupos de diversa procedencia social, dotados en moitos casos de diferente actitude ideolóxica, pero coincidentes todos no afán de intensificar os niveis de participación política e de lograr unha distribución máis igualitaria do material, suprimindo para isto as diferencias de renda e riqueza existentes tanto no ámbito persoal coma no territorial»

En realidade o título VIII da CE é impreciso, quizais deliberadamente impreciso, porque pretenda ter un maior grao de flexibilidade e de adaptación a cada caso, pero non cabe dúbida que sen facenda autónoma non hai comunidade que poida denominarse autónoma⁴³.

Os recursos das CCAA aparecen enumerados, como sabemos, no artigo 157 CE, pero foi necesario desenvolvelos na LOFCA. Esta lei orgánica sufriu diferentes modificacións, que estaban sendo reclamadas tanto polos grupos políticos como pola doutrina. Preténdese, en definitiva, acadar un maior grao de corresponsabilidade fiscal dentro dos límites impostos no texto constitucional⁴⁴. Ás diferentes reformas exercitadas pola LOFCA, trataremos de referirnos nas páxinas seguintes.

Análise da reforma para o financiamento autonómico para o quinquenio 1997-2001

A) Antecedentes. O sistema de financiamento das CCAA comeza a desenvolverse no ano 1986. O sistema anterior, denominado transitorio, obedecía á lóxica do sistema e tiña un carácter meramente provisional, como provisionais eran, tamén, os recursos que estaban destinados a desaparecer nun período curto de tempo⁴⁵.

⁴³ Resulta moi gráfica a relación que García Añoveros, establece entre a autonomía política e financeira; «Es sabido que sin Hacienda autónoma no hay Comunidad que pueda, decentemente, calificarse de autónoma [...] lo que sí puede afirmarse es que la Constitución ha previsto que la Hacienda de las Comunidades sea autónoma ya que lo contrario hubiera sido una broma política y que el alcance de esa autonomía se ha precisado en la propia Constitución, en los Estatutos y en la LOFCA y también que la autonomía como aspiración política y realidad establecida en las leyes citadas excluye el hecho de que la financiación de las Comunidades dependa de decisiones impuestas mediante el adecuado manejo irrefutable: la posesión de la bolsa y de los cordones que la abren y la cierran» en HPE, n.º 101, 1986, p. 367.

⁴⁴ Sobre este particular atopámo-lo artigo 156.1 «As comunidades autónomas gozarán de autonomía financeira para o desenvolvemento e execución das súas competencias de acordo cos principios de coordinación coa Facenda estatal e de solidariedade entre tódolos españois».

Pola súa parte, o artigo 157.2 regula: «As comunidades autónomas non poderán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bens situados fóra do seu territorio ou que supoñan un obstáculo para a libre circulación de mercancías ou servicios».

Cabe engadir, sinteticamente, que existen uns principios xerais de xustiza, alleos á orde económica, consagradas na CE.

O artigo 31.1 CE consagra algún deles, e por supeditación á suprema norma legal, quedan vinculados tódolos territorios. O principio de «xeneralidade» como sinala Rodríguez Bereijo supón: «la interdicción de todo privilegio de áreas inmunes al pago de tributos...» (en *Xurisprudencia constitucional e principios da imposición*).

Pola súa parte o principio de capacidade económica garda estreita relación co principio de igualdade.

⁴⁵ GIMÉNEZ-REINA RODRÍGUEZ, E. e TORRES COBO, F. «El acuerdo de financiación económica para el quinquenio 1997-2001» HPE (cuadernos de actualidad), n.º 1, 1997, p.1.

Cando o Consello de Política Fiscal e Financeira aproba o método de financiamento para o quinquenio 1987-1991 levouse a cabo unha particular visión do artigo 13 da LOFCA, que tiña un carácter restrictivo da autonomía de moitos sectores e que só contemplaba un adecuado nivel de descentralización na esfera do gasto.

Algúns sectores doutrinais apoiaron este esquema baseándose no argumento de que o principio de autonomía financeira, establecido pola CE e desenvolvido por leis orgánicas, non tiña que ser entendido necesariamente nas dúas vertentes que supoñen a área do gasto e a área dos ingresos, senón que era suficiente con que se limitase á esfera do gasto.

Desta maneira, as CCAA poderían levar a cabo accións naquelas materias que implican a asignación de bens e servicios dentro dos seus respectivos ámbitos territoriais, deixando o réxime de ingresos, sobre todo o sistema tributario, en mans do Estado.

Nesta situación de clara dependencia financeira, o sistema establecido colocaba as facendas autonómicas como meras xestoras de recursos.

O método para o quinquenio de 1992-1996 non supuxo unha mellora das condicións de dependencia financeira, senón que foi unha nova revisión continuísta. Sen embargo, o modelo introduce unha expresión que vai ter unha gran relevancia posterior; trátase do termo «coresponsabilidade fiscal»⁴⁶.

Sobre o financiamento autonómico no período transitorio e definitivo é interesante consulta-la análise detallada de Braulio Medel no seu artigo «La financiación autonómica análisis comparativo de los modelos transitorio y definitivo», *Papeles de Economía Española*, 1987, p. 30-31.

Tamén se pode consultar entre outros a Amigo Mateos «La Reforma de la financiación autonómica», *Palau 14*, nº 25, °995, Ruíz Carbonell y López Laborda «Hacia un nuevo sistema de financiación autonómica» (Comentarios ó Libro branco sobre financiamento das comunidades autónomas), *Informe comunidades autónomas*, 1994, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1995.

⁴⁶ GIMÉNEZ REINA e TORRES COBO «El acuerdo de financiación...» op. cit. p.2.

A aparición do termo coresponsabilidade vai ser obxecto de sucesivos traballos económicos e xurídicos, algún deles que posúe precisamente este título. A grande achega teórica existente sobre este sistema motivou a plasmación legal do termo «coresponsabilidade» na Lei orgánica da reforma parcial da LOFCA.

A referida norma reflicte xa no seu punto I, da exposición de motivos, que un dos inspiradores básicos é a asunción por parte das CCAA dun importante grao de responsabilidade fiscal efectiva.

«...Tocante á materialización deste principio de coresponsabilidade fiscal efectiva, o modelo aprobado polo Consello de Política Fiscal e Financeira optou por facer uso do mecanismo da cesión de tributos do Estado ás comunidades autónomas de certas competencias normativas en relación ós tributos cedidos, incluíndo a mencionada parte do imposto citado.

Ningunha das dúas medidas reseñadas ten cabida no marco conformado pola vixente LOFCA, razón pola cal resulta necesario introducir neste texto legal as modificacións que permitan o adecuado encarrilamento daquelas».

B) Fundamento político: O acordo previo para o período 1997-2001.

Como consecuencia das eleccións xerais que tiveron lugar en 1996 o Partido Popular obtivo unha maioría relativa de votos pero que, en todo caso, era insuficiente para poder formar goberno en solitario. Inmediatamente xurdiu a necesidade de establecer pactos de gobernabilidade cos partidos nacionalistas (PNV e CIU) e Coalición canaria.

En tódolos contactos que houbo entre estas forzas políticas fálase da necesidade dun novo modelo de financiamento autonómico⁴⁷. Esta necesidade, como sabemos, víñana reclamando amplos sectores doutrinais, incluídos os autores do Libro branco, pero era quizais necesaria a pegada política para poñer en marcha o novo modelo⁴⁸.

O punto 9 do pre-acordo refírese á «reforma do modelo de financiamento autonómico», e pasamos a reproducilo polo interese do seu contido: «Garanti-la autonomía financeira das comunidades autónomas esixe a definición e posta en marcha dun novo modelo de financiamento autonómico para o próximo quinquenio 1997-2001».

Este novo modelo de financiamento deberá descansar nos principios de suficiencia financeira, corresponsabilidade fiscal e garantía da solidariedade entre as diferentes nacionalidades e rexións. Por isto, os principais retos ós que deberá dar resposta a reforma do modelo de financiamento das comunidades autónomas serán a autonomía financeira e a solidariedade.

A reforma do modelo de financiamento autonómica debe enmarcarse dentro do necesario pacto de austeridade entre as diferentes administracións públicas. Desde esta perspectiva, a coordinación orzamentaria e financeira entre a facenda do Estado e as CCAA co fin de garanti-lo efectivo cumprimento de redución dos niveis de déficit público e endebedamento, acordados no Tratado da Unión Europea, resulta imprescindible.

Todas estas circunstancias vanse plasmar nunha serie de compromisos en materia de financiamento autonómico.

⁴⁷ CASADO OLLERO, G. (AAVV) «La cesión parcial del Impuesto sobre la Renta a las Comunidades Autónomas», Ed. Comares, Granada, 1927, p.11.

⁴⁸ Citaremos entre outros a BIESCAS FERRER, J. A. e LÓPEZ LABORDA «Corresponsabilidad fiscal e equilibrios financeiros» HPE., monografía nº 1, 1992, p. 35.

Tamén Rodríguez Bereijo, A.. «Una reflexión sobre el Sistema General de financiación de las Comunidades Autónomas» REDC nº 15, 1985, p. 68 e 55. Este autor pondera a necesidade de establecer unha estreita relación entre ingresos e gastos como eficaz garantía do cidadán fronte á burocracia política».

O novo modelo

Lei orgánica 7/2001, do 27 de decembro (reforma da LOFCA), e Lei 21/2001 do 27 de decembro (de medidas fiscais das CCAA).

En realidade, non se trata da aparición dun novo modelo de financiamento autonómico, senón de incrementa-la «suficiencia» dos entes autonómicos a través da cesión de determinados impostos directos⁴⁹. O incremento nos recursos propios vai facer posible a homoxeneización nos servizos entre as diferentes comunidades autónomas, que era a pretensión básica da reforma.

Existe, entre os economistas, unha pretensión de darlle estabilidade ó sistema de financiamento, pero hai que ter en conta que o modelo constitucional é deliberadamente impreciso e propicio ós cambios e sucesivas adaptacións⁵⁰.

Hai que considerar que no financiamento autonómico, xunto ó elemento político e ó económico, existe un terceiro elemento xurídico que é o que vai configura-las pezas do modelo e as directrices que se van seguir⁵¹. Por isto, é importante prestarlles atención ás bases xurídicas que son pezas clave do sistema.

Se analizámo-lo novo modelo, temos que resalta-la importancia da recadación, cuestión esta vital para o normal nivel de suficiencia que permita unha xestión cómoda e menos dependente.

Houbo, durante anos, moitas discusións sobre a forma de lograr un óptimo nivel de suficiencia. A solución adoptada no novo modelo é, como apunta Calvo Ortega⁵², a que parecía máis acertada, dadas as dificultades para o establecemento de tributos propios. Tampouco parecía aconsellable unha excesiva dependencia dos ingresos estatais, polo cal se opta pola figura da cesión.

A cesión do IVE levouse a cabo sen outorgarlles ás CCAA capacidade normativa. Con isto resolveuse a cuestión da dificultade da cesión por tratarse dun imposto harmonizado pola UE, pero existe ademais, outro problema: o feito de tratarse dun imposto plurifásico, polo que sería complexo desde un punto de vista técnico comparti-la xestión do imposto⁵³.

⁴⁹ CALVO ORTEGA, R. «La financiación posible de las CCAA en torno al nuevo modelo» Nueva Fiscalidad, nº 1, Abril 2002, pp. 20 e 93.

⁵⁰ Bases para un sistema estable de financiamento autonómico, Fundación BBVA (AAVV) 2001, pp. 24 e 55.

⁵¹ Isto opina RAMALLO MASSANET no seu artigo «Elementos jurídicos de la financiación autonómica», dentro da obra que reseñamos na anterior cita, p. 402.

⁵² «La financiación posible...» op. cit. p. 21.

⁵³ PEDRAJA CHAPARRO, F. «Presente y futuro de la financiación autonómica común», Papeles de Economía Española nº 83, 2000, p. 80 e 33.

Pero o IVE contaba con vantaxes importantes: ademais da súa capacidade de recadación está a posibilidade de compartir co IRPF un equilibrio entre a imposición directa e indirecta entre as dúas figuras impositivas de maior envergadura. Ben é verdade que no caso do IVE non existe capacidade normativa por parte das CCAA, pero si hai unha maior especificidade do ingreso en relación coa participación en ingresos do Estado.

O Imposto sobre a electricidade constitúe un imposto esencial pero non harmonizado, sen embargo, non foi dotado de capacidade normativa, a pesar de que o acordo do C.P.F.F. contemplaba a cesión de certa capacidade normativa sobre o tipo⁵⁴.

O imposto sobre determinados medios de transporte: constitúe tamén un imposto especial, pero non é igual que o caso dos impostos de fabricación que, como sabemos, son hidrocarburos, cervexa, productos intermedios, alcohol e bebidas derivadas e labores de tabaco. No caso do Imposto sobre determinados medios de transporte grávase a primeira matriculación, e hai unha cesión do rendemento total do imposto. Ó non contar cos problemas derivados da harmonización coa UE, pódese lle atribuír a esta figura capacidade normativa. A CA pode modifica-lo tipo de gravame dentro dunha banda que representa o 10%.

Por último, no Imposto sobre as vendas de comerciantes polo miúdo de determinados hidrocarburos cédeselle a totalidade do rendemento das vendas producidas en cada comunidade autónoma.

A capacidade normativa supón o establecemento do tipo de gravame baixo en relación co imposto especial correspondente.

Liñas básicas da reforma

En opinión de Rodríguez-Ponga⁵⁵, o novo sistema cubre os seguintes obxectivos:

- Nun sistema integrado: financia tódolos servicios das CCAA, incluída a sanidade e os servicios sociais.
- É corresponsable: aínda que a corresponsabilidade, consideramos que está subordinada á suficiencia e ás normas de harmonización.
- É suficiente: esta aseveración é quizais a máis acertada e constitúe a resposta a unha necesidade urxente que só se podería cubrir con figuras impositivas de gran capacidade de recadación.

⁵⁴ O acordo do C.P.F.F. do 27 de xullo de 2001 estudiaba a posibilidade de conceder unha capacidade normativa sobre o tipo dentro dunha porcentaxe do 10%. A cesión é do 100%.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PONGA e SALAMANCA, E. en *Presupuesto y Gasto Público* nº 28, 2002, pp. 51 e 55.

■ É solidario: créase o Fondo de Suficiencia que trata de garantir un volume de financiamento nun momento clave para o traspaso de servizos⁵⁶.

O fondo está suxeito a actualización e tamén a revisión. A isto refírese o artigo 16 da Lei 21/2001. A revisión produciríase no suposto de traspaso ou ampliación de novos servizos ou de novas valoracións sobre os anteriores traspasos.

Tamén se poderá produci-la revisión segundo a efectividade de cesión de tributos establecida pola lei reguladora correspondente.

Xunto ó Fondo de Suficiencia, a Lei orgánica 7/2001 regula as asignacións de nivelación, para garantir un nivel mínimo de determinados servizos. Define os servizos públicos fundamentais (educación e sanidade) e matiza o nivel mínimo de servizos públicos que se poden considerar fundamentais.

Rodríguez-Ponga engade outras dúas características: a transparencia e a coordinación co a A.E.A.T. Tamén debemos engadir que é importante a participación das CCAA nos TT.EE.AA, que supón a satisfacción ó interese autonómico no exercicio de competencias de revisión dos actos de aplicación dos tributos cedidos e das recargas autonómicas sobre tributos estatais⁵⁷.

Visión de futuro

Sinala Ramallo Massanet⁵⁸ que a regulación contida tanto na Constitución cos estatutos de Autonomía e na LOFCA, estableceron un sistema de financiamento autonómico que non era senón o reflexo do que Carl Schmitt denominou «compromiso apócrito», aquel no que é o mesmo constituínte o que de maneira consciente quere apraza-la decisión. Como consecuencia do financiamento quedaría á definición de políticos e economistas.

Xa apuntamos que, xunto ó elemento político e económico, existe un elemento xurídico que nos indica cáles son as bases do sistema.

Neste sentido, é inaprazable que o Senado posúa o seu auténtico papel de Cámara de representación territorial.

O Senado constitúe, ou debe constituír, un posible foro ó cal reconduci-la negociación do sistema⁵⁹.

⁵⁶ CALVO ORTEGA, R. «La financiación posible...» op. cit., p. 31.

⁵⁷ Esta é a opinión de GARCÍA MARTINE, A. en *La gestión de los Tributos Autonómicos*, 2000. Opinión que concorda coa de CALVO ORTEGA, R., op. cit. p. 35.

⁵⁸ «Elementos jurídicos de la financiación autonómica» dentro da obra citada *Bases para un sistema estable de financiación autonómica*, Fundación BBVA, pp. 400 e 55.

⁵⁹ RAMALLO MASSANET, J., op. cit. p. 490.

O tema da corresponsabilidade é, así mesmo, obxecto de pretensión de novos avances. Estes avances poderán realizarse incluso no IVE, como imposto cedido. No ámbito europeo, no deseño do IVE a UE enfróntase a dous obxectivos que, levados ó extremo, resultarían incompatibles⁶⁰. Por un lado, dun mercado único europeo, por outro, a autonomía fiscal dos países membros. Trátase de buscar unha fórmula intermedia que concilie ámbalas dúas posicións.

Por último, apuntaremos un tema pendente relativo á autonomía dos municipios. Estes terán o seu propio espacio autónomo de goberno, dotado de recursos suficientes para satisfacer os diferentes servizos públicos demandados polos cidadáns que, neste caso, se atopan nunha relación inmediata coa Administración. ■

⁶⁰ PEDRAJA CHAPARRO, F. e SALINAS JIMÉNEZ, J. «La descentralización del IVA: propuestas, experiencias y enseñanzas para la financiación de las CCAA» en HPE, 2001, p. 356.



XURISPRUDENCIA

DUPPLICIDADE PUNITIVA ENTRE SANCIONES ADMINISTRATIVAS E PENAS: UNHA NOVA VISIÓN CONSTITUCIONAL

(STC 2/2003, DO 16 DE XANEIRO)

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo
Universidade de Santiago de Compostela

I

Esta interesante sentenza do Tribunal Constitucional incide sobre o vellísimo tema do *non bis in idem* ou, na súa versión subxectiva, do *nemo debet vexari pro una et eadem causa*, que ten desde antigo especial conflictividade cando se trata da confluencia de penas e sancións administrativas. A sentenza é novidosa e polémica as súas conclusións, como revela o feito de que se lle formulara a ela un substancioso voto particular e que xa a doutrina académica se referira a esta resolución en ton analítico e crítico (*). Densa no seu contido, esta resolución do Constitucional reformula a eficacia e alcance do principio, tanto na súa operatividade *ex post* como na súa manifestación *ex ante*; contén doutrina nova sobre quen pode dilucidar se concorren no suposto as tres identidades (subxectiva, de obxecto e de acción, na terminoloxía da STS do 3 de decembro de

(*) MARINA JALVO, B., «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem*». RAP, n° 162 (2003); pp. 175 e ss. PRADO DEL VALLE, J.C., «Régime sancionador da normativa urbanística galega: tipificación das infraccións urbanísticas, persoas responsables, sancións e regras para determinala contía das sancións». REGAP n° 33 (2003); pp. 107 e ss.

1991); e tamén, entre outras moitas cousas, apreciacións importantes sobre a posibilidade de compensar na pena a sanción administrativa xa imposta previamente, nos casos en que, aínda podendo existir delicto ou falta penal, a Administración non suspenda o seu procedemento.

II

Procede, antes de nada, un sucinto resumo dos feitos, que teñen a súa orixe en 1997. En expediente administrativo de tráfico (por infracción do artigo 20.1 do Regulamento Xeral de Circulación, ó circular en zigzag, a velocidade inferior á normal, invadindo o carril contrario e con evidentes síntomas e logo constatada embriaguez) impúxoselle ó recorrente unha multa de 50.000 pesetas e suspensión administrativa da autorización para conducir durante dous meses.

O sancionado presentou recurso ordinario ante a Dirección Xeral de Tráfico, alegando, entre outras razóns, que polos mesmos feitos se estaban seguindo dilixencias previas, transformadas en procedemento abreviado, de modo que, ó existir identidade de suxeito, feito e fundamento entre a infracción administrativa e a infracción penal, solicitaba a suspensión do procedemento sancionador ata que recaera resolución xudicial nas ditas dilixencias. A Dirección Xeral non só non suspendeu o procedemento, senón que ademais desestimou o recurso na súa parte substancial. O interesado tivo entón que acudir ó contencioso-administrativo, aínda que máis tarde desistiría deste recurso, polo que a sanción administrativa deveu firme tralo auto que o deu por desistido.

Xa en curso o procedemento penal abreviado, o acusado alegou como cuestión previa ó comezo do xuízo oral a excepción de cousa xulgada, ó recaer resolución firme en expediente administrativo polos mesmos feitos e térselle imposto a correspondente sanción. O xulgado, sen embargo, desestimou a cuestión, baseándose na preferencia da xurisdicción penal.

O condenado recorreu a sentenza en apelación ante a Audiencia Provincial, alegando, por unha parte, que a excepción de cousa xulgada non podía resolverse coa preferencia da xurisdicción penal, posto que, neste caso, non estaría en xogo a subordinación da Administración ó xuíz, senón a eventual dependencia de dúas xurisdicións. Deste modo, partindo do dereito de defensa do sancionado e das súas garantías xurisdiccionais, non se lle podería esixir a este a continuación forzosa do procedemento ata a súa terminación por sentenza, polo que a desistencia da vía contencioso-administrativa non podería tomarse en consideración contra reo. E, doutra parte, argüíu que resulta inadmisíbel nun Estado de dereito que se lle esixa a un cidadán, para ser absolto, que supere dúas instancias penais, un expediente administrativo, a súa alzada e dúas instancias con-

tencioso-administrativas. A prohibición do *non bis in idem* só interdicaría a segunda condena, de maneira que a prevalencia non se estaría decidindo pola natureza do órgano que pune, senón polo momento en que resolve.

A pesar de tan forte argumentación, a Audiencia desestimou o recurso. Entendeu aplicable ó caso a prohibición do *non bis in idem*. Pero sostivo, tras comproba-lo erro cometido pola Administración ó proseguilo expediente sancionador a pesar de que existía proceso penal aberto, que esta circunstancia «o único que debe determinar é que se proceda a emendalo», dando satisfacción ó dito principio, o que, neste caso, leva consigo que en execución de sentenza se lle desconten da pena ó condenado aquelas cantidades que acredite ter satisfeito por tal motivo á Administración e que se lle desconte, así mesmo, o tempo de que efectivamente fora privado do carné de conducir, así como que se libre testemuño da resolución á Administración para que deixe sen efecto calquera anotación ou consecuencia posterior que puidese te-lo seu expediente. A Audiencia Provincial xa apunta aquí un argumento importante, que logo acollerá, como se verá, o Tribunal Constitucional.

É claro, pois, que a Audiencia Provincial pretendeu dar satisfacción ás esixencias do *non bis in idem* por unha vía distinta da pedida polo recorrente. Se este buscaba a absolución penal, a Audiencia entendeu que, para dar satisfacción a este principio, dada a prioridade da orde xurisdiccional penal, era suficiente con absorbe-las sancións administrativas ás penas e libra-lo referido testemuño da sentenza penal á Administración para os efectos devanditos.

Ante isto, o entón condenado acode ó Tribunal Constitucional, en amparo, contra a Sentencia da Audiencia provincial (do 20 de xaneiro de 2000, Sala primeira, Audiencia da Coruña).

III

Na súa demanda, alega a vulneración do *non bis in idem*, reiterando o argumento que acaba de relatarse (prohibición, no caso, polo principio referido de só a segunda condena), citando coñecida xurisprudencia do Tribunal (SSTC 2/1981, 159/1987, 177/1999) e concluindo, en definitiva, o seguinte: que a lesión se ocasionou aínda cando a Administración tiña pleno coñecemento de que sobre os mesmos feitos existía un proceso penal en curso, pois non procedeu a suspende-lo procedemento, debendo facelo, senón que impuxo a sanción; de modo que o sancionado nada puido facer para evita-lo cumprimento da mesma, dada a súa executividade. Desta forma, os tribunais penais, unha vez que os feitos estaban xa sancionados, xa non poderían castigalos de novo, polo que a conducta tiña que quedar penalmente impune.

IV

O Tribunal Constitucional encontrouse así na tesitura de decidir, á parte doutras cuestións de orde formal, se no caso se daba o presuposto da interdicción de incorrer en *bis in idem* (isto é, se concorria a triple identidade requirida de suxeitos, feitos e fundamentos; e se se vulnera ou non o principio en caso de incumprimento pola Administración do deber de paraliza-lo expediente sancionador) e, ademais, decidir tamén se a absorción, compensación ou desconto, no momento de fixación da pena, da sanción administrativa imposta con carácter previo supón ou non satisfacción suficiente das esixencias do *non bis in idem*.

Respecto da primeira cuestión, o TC analiza e valora a doutrina contida nas súas sentencias 145 e 148/1985, 145/1987, 22/1988, 5/1989, 222/1991, 24/1992, 252/1994, 161/1997, 111/1999, 177/1999 e 152/2001, ademais da xurisprudencia do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos. E todo isto lévao a concluír que se dá no suposto a identidade requirida para a aplicación da interdicción constitucional de incorrer en *bis in idem*. Pero engade –e isto é o importante– que esta afirmación non debe conducir automaticamente á estimación do amparo, pois debe examinarse se tal interdicción se satisfai cunha solución como a adoptada no caso.

Aquí estriba a novidosa solución adoptada polo tribunal, que di que «non pode deixar de recoñecerse que os órganos penais, ó axuiza-lo caso, se encontraban nunha situación paradoxal pois, aínda que non podían deixar de condenar penalmente ó recorrente, dado o seu sometemento estricto á lei no exercicio da súa función xurisdiccional, tampouco podían deixar de ser conscientes de que a sanción penal por eles imposta a este podía supoñer unha reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida». E engade: «o feito de que a lexislación non prevexa expresamente solución para os casos en que a Administración non suspenda o expediente administrativo, estando un procedemento penal aberto, pode explica-la súa actuación: só ó lexislador lle corresponde establecer os mecanismos normativos de articulación do exercicio da potestade punitiva pola Administración e pola xurisdicción penal para evita-la reiteración sancionadora e contempla-las consecuencias que deriven do seu incumprimento».

Consecuente con estas consideracións, o Tribunal entende que unha solución como a adoptada pola Audiencia Provincial da Coruña «non pode considerarse lesiva da prohibición constitucional de incorrer en *bis in idem* sancionador, dado que a inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, ó ser descontada a multa administrativa e a duración da privación do carné de conducir (co que o Tribunal anoa a primeira e a segunda cuestión, isto é, a suficiencia da compensación ou absorción na pena da sanción administrativa previa), permite concluír que non

houbo unha duplicación *-bis-* da sanción constitutiva do exceso punitivo materialmente proscribido polo artigo 25.1 CE». O Tribunal fai aquí unha novidosa interpretación do *non bis in idem* (contraria á sostida na súa sentenza 177/1999, do 11 de outubro, FX 4) e do propio artigo 25.1 CE que, na súa opinión, non prohibe o «dobre reproche aflictivo», senón a reiteración sancionadora dos mesmos feitos co mesmo fundamento e padecida polo mesmo suxeito, isto é o mero «exceso punitivo».

Fai, por último, o Tribunal outra importante afirmación: a de que a interdicción constitucional de apertura ou continuación dun procedemento sancionador cando se dictou unha resolución sancionadora firme, «non se estende a calquera procedemento sancionador, senón tan só respecto daqueles que, tanto en atención ás características do procedemento –o seu grao de complexidade– como ás da sanción que sexa posible impoñer nel –a súa natureza e magnitude–, poden equipararse a un proceso penal, para os efectos de entender que o sometido a un procedemento sancionador de tales características se encontra nunha situación de suxeición ó procedemento tan gravosa como a de quen se encontra sometido a un proceso penal».

Por todo isto, o T.C. entende na súa sentenza que, no caso examinado, as resolucións penais non ocasionaron a vulneración do dereito a non ser sancionado en máis dunha ocasión polos mesmos feitos co mesmo fundamento (artigo 25.1 CE), pois non houbo reiteración sancionadora (*bis*), nin tampouco a lesión do dereito a non ser sometido a un novo procedemento punitivo polos mesmos feitos (artigo 24.2 en relación co artigo 25.1), xa que o procedemento administrativo tramitado non é equiparable a un proceso penal para os efectos deste dereito fundamental. En consecuencia, denega o amparo.

V

Non cabe dúbida de que estamos ante unha sentenza constitucional de relevante alcance. Que se afasta ostensiblemente da doutrina sostida durante moito tempo en moitos dos aspectos tratados polo propio Tribunal Constitucional (cambios de doutrina efectuados, como a sentenza recoñece en conclusións, nos fundamentos xurídicos cuarto, quinto, sexto e noveno) e que, na miña opinión, mostra unha certa «deferencia» constitucional cara á Administración, sen consideración á dilixencia ou negligencia mostrada por esta na súa actuación e ó seu respecto ou, pola contra, ignorancia da prevalencia da xurisdicción penal. Non debe esquecerse que a lea ocasionada neste suposto, con toda a súa transcendencia para as garantías, provén, non dunha sempre posible negligencia do particular afectado nin tampouco dunha deficiente actuación xurisdiccional, senón tan só do incumprimento pola Administración do de-

ber de paraliza-lo expediente sancionador, aínda a sabendas de que os feitos podían ser constitutivos de delicto ou falta penal. E debe lembrarse neste punto que non se lle esixe á Administración a apreciación segura e tipificada dos feitos para proceder á suspensión, senón a simple probabilidade de que os feitos teñan natureza penal criminal (STS do 25 de outubro de 1982, entre moitas).

A cuestión ten a súa plasmación na deficiente lexislación administrativa na materia. O artigo 7.2 do Regulamento de procedemento para o exercicio da potestade sancionadora (R.D. 1398/1993) non resulta en absoluto garante, xa que a suspensión do procedemento non se lle impón á Administración nada máis que ante a concorrencia da triple identidade (subxectiva, fáctica e causal, artigo 133 LRX-PAC). Por iso parte da doutrina pediu a súa reforma no sentido de obrigar á autoridade administrativa a proceder á suspensión pola simple concorrencia da identidade fáctica (Garberí Llobregat) (**), o que impediría a instrución en simultáneo de dous procedementos (administrativo e penal), o rexurdir da inconveniente doutrina das «dúas verdades» tantas veces criticada polo propio T.C. (STC 77/1983) e o risco de disturbar excesivamente a aplicación do principio *non bis in idem*.


De necesaria reflexión –e quizais inevitable polémic– é tamén a conclusión derivada da sentenza que se comenta de que o xuízo sobre as identidades xa non incumbe en exclusiva á xurisdicción penal (así o defendía o Tribunal Constitucional ata agora), senón que a apreciación que ó respecto fixera o Tribunal Penal pode ser cuestionada polo Constitucional en sede de amparo. Na miña opinión, hai que coincidir co maxistrado García Manzano que, no seu voto particular á sentenza, entende que, ó corresponderlles ós xuíces e tribunais tanto a delimitación procesual dos feitos como a súa cualificación xurídica, é claro que nesta operación de cualificación se engloba o exame de se a estrutura do tipo penal e o ben xurídico protexido polo precepto punitivo coinciden ou non cos que inspiran a infracción administrativa, sobre todo –di– se, como é o caso, esta precedeu na súa determinación ó axuizamento penal.

Discutible é tamén a negación mesma do *bis in idem* co argumento de que o artigo 25 CE non prohibe o dobre reproche aflictivo, senón tan só a «reiteración sancionadora» dos mesmos feitos. Afirmación que hai que poñer inmediatamente en conexión coa «compensación» da pena ou o «desconto» da sanción administrativa previa. O primeiro minora a garantía do *non bis in idem* nunha interpretación reductora, pois é claro que o noso recorrente, como di o maxistrado García Manzano no seu voto par-

(**) GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*. Valencia, 1996 (2ª ed.), páx. 501.

ricular, recibiu dous resultados punitivos: por unha parte, a multa administrativa e a privación temporal do carné de conducir e, por outra, a multa penal e a pena de privación da dita autorización administrativa. E o segundo, esa operación de absorción ou compensación efectuada pola sentenza penal firme, aínda non sendo inusual (como resalta Marina Jalvo) esta modulación da pena en atención á sanción administrativa na práctica dos tribunais penais, «pode ocasionar certa distorsión no sistema de penas fixado polo código». E non son estas as únicas consecuencias perturbadoras. Tal operación pode conducir (e así o destaca o maxistrado García Manzano) a «un resultado de certa predeterminación da principal pena configurada como alternativa para o delicto de conducción ilegal». En efecto –di– «se esta se comina con pena de arresto de oito a doce fins de semana ou multa, o órgano xudicial pode verse abocado a impoñer, sen real marxe de apreciación, a sanción pecuniaria para nela realiza-la indicada absorción».

Como se ve, a sentenza ten transcendencia doutrinal notable e déixalle a calquera xurista un sabor de certa inquietude por unha «materialización» discutible, das garantías que o principio do *non bis in idem* debe levar consigo. E o seu influxo esténdese a tódalas ordes sancionadoras, non só obviamente á de tráfico, senón tamén á urbanística, por exemplo, sobre todo (como hai xa tempo destacou Prado del Valle) desde a aprobación do Código penal de 1995 e o seu título XVI, dedicado ós delitos relativos á ordenación do territorio, e á protección do patrimonio histórico e do medio natural.

Sobre esta nova doutrina constitucional haberá seguro que volver, como ocorre sempre cos temas de garantía, inevitablemente suxeitos ós afáns do poder administrativo por liberarse de ataduras e á conseguinte reacción xudicial para o seu adecuado control. 



**CRÓNICA
PARLAMENTARIA**

A CONSIDERACIÓN DINÁMICA DA XUNTA DE GALICIA: FUNCIONAMENTO DO CONSELLO E PROCEDEMENTOS DO EXECUTIVO

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado do Parlamento de Galicia
Profesor de dereito constitucional
Universidade de Vigo

1. O funcionamento da Xunta de Galicia

Unha materia que, tanto política como xuridicamente, se presenta como de importancia destacable é a dos criterios ordenadores dos traballos do goberno galego. O lexislador autonómico optou sen embargo por remiti-la regulación desta cuestión no artigo 9 da Lei da Xunta e do seu presidente¹ ós acordos internos do consello, para artella-las normas internas «que se precisen para a boa orde dos traballos e para a adecuada preparación dos acordos que deban de adoptarse, mediante un regulamento de réxime interior que haberá de axustarse ós termos da presente lei». Esta última referencia legal da necesidade de respecto do principio de legalidade é claramente ociosa por imperativo constitucional e estatutario e non deixa de ser ilustrativa da «mala conciencia» que debeu te-lo autor da lei ó deixar para un texto de rango inferior o tratamento de temas como a elaboración de disposicións de carácter xeral que merecen a reserva de lei para a súa abordaxe.

¹ Remisión que tecnicamente sería máis axeitado incluír nunha disposición adicional da lei e non no articulado.

Esta actividade de elaboración normativa governamental presenta a dúbida da aplicabilidade das disposicións previstas antes nos artigos 129 a 132 da Lei de procedemento administrativo e hoxe no artigo 22 da Lei 50/1997, xa que cabería entender que a elaboración de disposicións de carácter xeral (entre elas os proxectos de lei) poderían ser incluídos dentro do «procedemento administrativo común» ó que alude o artigo 149.1.18 da Constitución, séndolles polo tanto de aplicación a normativa estatal.

Con todo a STC 15/1989 do 26 de xaneiro contén no seu fundamento xurídico 7º a seguinte afirmación que matiza o citado enfoque: «o procedemento de elaboración de disposicións de carácter xeral é un procedemento administrativo especial; respecto del as comunidades autónomas gozan de competencias exclusivas cando se trate do procedemento para a elaboración das súas propias normas de carácter xeral». Así pois, o dereito contemplado na lexislación de procedemento administrativo será aplicable só no seu carácter de dereito supletorio conforme ó establecido no artigo 149.3 da Constitución.

A pesar desta exclusividade, as normativas autonómicas decidíronse a asumir un procedemento de elaboración moi similar ó estatal. Deste xeito o Decreto 111/1984 do 25 de maio (modificado polo Decreto 57/1994 do 25 de marzo) regulador do réxime interior da Xunta de Galicia, contén nos seus artigos 6 e seguintes un procedemento moi similar ó previsto anteriormente na LPA. Esta opción lexislativa é perfectamente lexítima, o que sen dúbida é máis claramente criticable é a ausencia de rango legal para a regulación desta materia, tendo en conta a transcendencia práctica e normativa que presenta esta, e ademais a posibilidade de incorrer no absurdo de que un regulamento estableza o procedemento de elaboración dos propios regulamentos e dos proxectos de disposicións de rango superior².

1.1. Principios xerais

Existen certas pautas de funcionamento dos órganos executivos colexiados que integran o que Prada³ denominou para outro ámbito un «principio de homoxeneidade» dos ordenamentos xurídicos autonómicos, de tal xeito que non é estraño atopalos en relación ó funcionamento do Go-

² Como comentei no meu libro *Dereito Parlamentario de Galicia*, este problema resolveuse no ámbito estatal coa aprobación da Lei 50/1997 do 27 de novembro, do Goberno. Edicións Xerais. Vigo. 2001.

³ José Luis PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED: «La Construcción estatutaria del Estado autonómico español y sus problemas», publicado na revista *Asamblea* nº 7 de decembro de 2002.

berno do Estado ou de executivos das restantes comunidades autónomas. Os principios que rexen as reunións da Xunta en consello aparecen recollidos no artigo 5 da Lei reguladora da Xunta e do seu presidente.

1.1.1. *Unidade*

Ó meu xuízo, a recepción legal deste principio supón, neste contexto, que os acordos do Consello da Xunta son expresión unitaria da vontade do Goberno, polo que os seus membros quedan obrigados ó seu cumprimento. Principio de funcionamento que, como algún outro que posteriormente comentarei, sufrirá embates e será posto a proba con motivo da existencia de gobernos de coalición que estean compostos por conselleiros de distintas forzas políticas, e nos que, polo tanto, o aparato partidario non cohesionará a totalidade do Consello de Goberno.

1.1.2. *Colexialidade*

É obvia a consideración do consello como un órgano colexiado, pero este carácter non obsta a relevancia da primacía presidencial dentro da Xunta. A diferenza do referido respecto do principio de unidade, o principio da colexialidade verase reforzado nos casos de heteroxeneidade da cor política dos conselleiros, e singularmente, como sinala García Herrera⁴, nos supostos de Xunta cesante pola perda da confianza parlamentaria do presidente.

1.1.3. *Participación*

No momento de aprecia-la virtualidade deste principio asoman detalles escépticos que poñen de manifesto a primacía do liderado político do presidente da Xunta respecto a un pretendido carácter participativo ou por hipótese asemblearia do consello⁵.

Podemos entender con Sartori⁶ que nos atopamos ante un deses casos nos que se opera unha *fictio iuris* sen máis consecuencias efectivas para a realidade do funcionamento do máximo órgano do goberno autonómico.

⁴ No seu traballo: «La continuidad del Gobierno Vasco» publicado na *Revista vasca de Administración Pública* nº 11 de 1985.

⁵ Nos últimos lustros de historia política autonómica soamentes transcendeu como relevante caso de debate vivo dentro do consello o producido con motivo da reacción política do executivo autonómico en relación co afundimento do buque *Prestige*.

⁶ Vid. Giovanni SARTORI: «Superpoblación: una carrera insensata y perdedora». *Claves de Razón Práctica*. Nº 131, abril de 2003.

1.1.4. Coordinación

A clásica afirmación da ciencia da administración defende que non coordina quen quere senón quen pode. No caso que me ocupa está claro que a coordinación da que fala a lei só pode levarse a cabo por parte do presidente da Xunta, que ocupa unha posición tan singular dentro deste órgano colexiado. Como sinalou Predieri⁷ para o caso italiano, a coordinación resulta ser unha noción fundamental para o entendemento da política governamental, sobre todo cando se exercitan competencias económicas ou que poden ter repercusións neste ámbito; esta reflexión é de aplicación ó caso do goberno autonómico que, a miúdo, implementa políticas públicas de fondas consecuencias na economía e na sociedade de Galicia.

1.2. O Consello de Goberno

Esta denominación non é habitual tanto na normativa autonómica, incluso no Estatuto de Autonomía, como na práctica política galega que adoita designa-lo Goberno autonómico, reunido tradicionalmente os xoves de cada semana, como «Xunta». Este *nomen iuris* resulta problemático pois a expresión Xunta de Galicia tamén se utiliza a cotío para designa-la globalidade da comunidade autónoma, e non só o seu máximo órgano de carácter executivo.

O ordenamento xurídico de Galicia incorpora certas normas de funcionamento para disciplina-las reunións do Consello da Xunta que son transcendentais en gobernos de coalición, pero non tanto cando asistimos a gobernos maioritarios de composición monocolor.

A primeira figura que a Lei da Xunta se ocupa de describir é, curiosamente, a do secretario, dicindo que será o propio Consello da Xunta o que, enténdese que por maioría, designará de entre os seus membros un secretario. As súas funcións son as típicas desta figura dentro dos órganos colexiados: dar fe dos acordos do consello e dos das comisións delegadas e librar, cando proceda, a súa certificación⁸.

Pero, sen dúbida, a figura senlleira do consello é a do presidente. A el correspóndelle face-la convocatoria do consello e, o que é máis importante, a fixación da orde do día. Non se di na lei qué prazo debe respectalo presidente na fixación da orde do día, pero o desenvolvemento regulamentario establece que a orde do día se formase coas propostas que formulen as consellerías dos asuntos que, sendo sometidos ó estudio da

⁷ A. PREDIERI: *Pianificazione e Costituzione*, Ed. Comunità, Milano, 1963, páxinas 21 a 29.

⁸ Funcións que se corresponden co texto da lei segundo a redacción dada pola Lei 11/1988.

Comisión de secretarios xerais, merecesen a conformidade desta. Tales propostas enviaranas as consellerías respectivas á Secretaría Xeral da Presidencia e Administración Pública antes das 12 horas do día anterior ó do Consello da Xunta⁹.

A fixación da orde do día devén así como un trámite decisivo no funcionamento do Consello da Xunta e pon de manifesto, unha vez máis, a preponderancia da figura presidencial no órgano colexiado. Todo iso sen prexuízo de que materialmente a xestión da convocatoria se realice por parte do Secretariado do Goberno.

O quórum do consello alcánzase cando asista o presidente ou quen o substitúa, e, ó menos, a metade dos seus membros. A substitución do presidente será ordinariamente desempeñada polo vicepresidente, pero nos casos de goberno cesante por perda da confianza parlamentaria e ante a ausencia da figura do vicepresidente, preséntanse dúbidas sobre o funcionamento. Para o caso estatal Satrústegui¹⁰, seguindo a Galicia como máxima autoridade no dereito italiano na materia, entende que soamente poderá actua-lo goberno nos casos nos que nos movamos na defensa e tutela dos intereses xerais e nunca cando caiba unha política discrecional de ordenación do futuro. En todo caso movémonos en ámbitos indefinidos que poden ser obxecto de certa apreciación subxectiva, e é só posible falar de certeza negativa para os supostos de decisión política de imposible ou custosa reparación.

A maioría establecida para a existencia de quórum diferénciase da que rexe nas cámaras parlamentarias, xa que precisa en todo caso da presenza do presidente do executivo, namentres que en sede legislativa o quórum adoita perfeccionarse coa presenza da metade máis un dos membros da asemblea, requiríndose en todo caso da correcta constitución da mesa como órgano rector¹¹.

O réxime xurídico das reunións do consello complétase coa previsión de que os membros do consello están obrigados a gardar segredo sobre as deliberacións daquel, as opinións e, se é o caso, os votos emitidos. Típica norma imperfecta, pois non conta con ningunha sanción para o caso de incumprimento, ten un carácter moi ríxido no noso dereito. Reformas da lexislación comparada como a aragonesa, falan de xeito máis

⁹ Trátase dun réxime modificado polo Decreto 57/1994, do 25 de marzo, xa que o orixinario estaba contido no Decreto 111/1984 do 25 de maio.

¹⁰ Miguel SATRÚSTEGUI: «Artículo 101. El cese del gobierno y el Gobierno cesante», en Oscar Alzaga Villaamil (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978 tomo VIII: Cortes Generales*, EDERSA, Madrid 1998. Páxina 361.

¹¹ Para esta problemática pode consultarse o meu traballo: «As deliberacións e acordos parlamentarios». *Dereito*. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. Vol. 8, n.º 2. 1999.

realista dun deber de confidencialidade e non explicitan con tanto detalle a obriga de discreción, que polo demais se entende obvia en tan altas maxistraturas públicas.

1.3. As comisións delegadas

As comisións delegadas da Xunta de Galicia son órganos colectivos, centrais, superiores e con competencia especial. A pesar de que na súa denominación figura a palabra «delegadas», dispoñen de competencia propia, á parte da que o Consello da Xunta poida delegarllas. A súa finalidade é fundamentalmente a de acadar unha maior coordinación entre as distintas consellerías e, para iso, agrúpanse en cada comisión os conselleiros que precisan traballar máis en equipo por razón da proximidade entre as materias atribuídas ós seus departamentos.

A normativa autonómica non é clara á hora de precisa-lo órgano competente para a creación das comisións delegadas, pois refire que é «a Xunta» quen pode facelo. Entendo que xuridicamente é necesario un acordo do Consello de Goberno para que a comisión delegada sexa correctamente creada, e non é posible o seu nacemento pola vontade exclusiva do presidente do executivo.

1.3.1. Funcións

A redacción legal no tocante ás funcións das comisións delegadas é moi problemática. En primeiro lugar dise que estas poden ser creadas para «coordina-la elaboración de directrices e disposicións». O carácter xenérico desta expresión foi recoñecido polo Decreto 16/1994, do 4 de febreiro¹² de creación da Comisión delegada para asuntos económicos que, no seu artigo 3, no tratamento das súas competencias fala do exercicio das «que xenericamente lle atribúe a Lei 1/1983, reguladora da Xunta e do seu presidente».

En segundo lugar, as comisións delegadas poderán tamén programar a política sectorial e examinar asuntos de interese interdepartamental. Entendo que esta posibilidade se atribúe con carácter consultivo e non decisorio, xa que a lei fala de «análise» e ademais esa función «programadora» en último lugar quedaría reservada sempre ó Consello da Xunta de Galicia.

Por último, resulta tamén problemática a función preparadora das reunións dos consellos da Xunta, pois pode xerar roces co outro órgano con competencias nesta cuestión, a reunión de secretarios xerais das consellerías. En efecto, de conformidade co artigo 17 do Decreto regulador do

¹² Publicado no Diario Oficial de Galicia do 10 de febreiro de 1994, número 28/1994, páxina 605.

régime interior da Xunta de Galicia, a comisión de secretarios xerais é o órgano encargado de analizar con carácter previo os proxectos de disposicións que se sometan á decisión do consello da Xunta. Cabería concluír que a función das comisións delegadas será, neste punto, auxiliar respecto do papel substantivo desenvolvido pola comisión de secretarios xerais.

1.3.2. Funcionamento

A lei prevé que o réxime xeral de funcionamento das comisións delegadas se someta ós criterios establecidos para o consello da Xunta, isto é, ós principios xerais de unidade, colexialidade, participación e coordinación. Máis concretamente deberán se-los decretos de creación os que establezan o réxime de funcionamento, se ben da análise dos existentes non se derivan peculiaridades dignas de mención, agás no caso da Comisión delegada de medio ambiente creada polo Decreto 80/1984, do 24 de maio. En efecto esa normativa dispoñía a posibilidade de creación de grupos de traballo de carácter temporal ou permanente nos que poderían participar mediante invitación representantes de organismos públicos, así como sociedades e asociacións oficialmente recoñecidas. Esta previsión merece unha valoración positiva pois supón unha vía máis para efectiviza-lo principio de participación dos cidadáns nos asuntos públicos contemplado nos artigos 23 e 105 c) da Constitución.

En todo caso, segundo prescrición legal ó respecto, o contido necesario do decreto de creación das comisións delegadas deberá afectarlle á súa composición, á súa presidencia e ás competencias que lle sexan asignadas¹³, o que é perfectamente razoable tendo en conta os caracteres deste órgano colexiado autonómico.

2. Funcións da Xunta

Son moi diversos os criterios clasificatorios que poden asumirse á hora de analiza-las funcións do Goberno galego; sistematizarei aquí en: funcións normativas, de dirección política e administrativas, as que desenvolve o noso executivo, dun xeito polo demais semellante ó que no dereito comparado autonómico se adoptou¹⁴.

¹³ Principios que se respectan ademais de na citada comisión delegada para asuntos económicos e na tamén mentada comisión delegada de medio ambiente, nos decretos de creación da comisión delegada para o emprego xuvenil creada polo Decreto 17/1994 do 4 de febreiro. (DOG do 10 de febreiro de 1994).

¹⁴ Así o fixo Vivancos Comes no caso valenciano. «Disfuncionalidades del subsistema de gobierno parlamentario valenciano». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. N.º 34/35. Valencia, 2001.

2.1. Funcións normativas

2.1.1. A aprobación do proxecto de lei de orzamentos para a súa remisión ó Parlamento

Trátase da coñecida como «función financeira». Esta facultade da Xunta de Galicia non só ten relevancia polo seu carácter de lei formal, senón que lles afecta indirectamente a outras funcións parlamentarias xa que, como resulta coñecido, as proposicións de lei presentadas na cámara deberán respecta-lo contido do marco orzamentario. Esta competencia do consello da Xunta ten tal substantividade política que, ó xuízo da maioría dos autores, non é posible que sexa exercida pola Xunta de Galicia cando se atopa en funcións, xa que aínda que no noso sistema non se vincula tan fortemente como no italiano a tramitación da lei orzamentaria coa relación de confianza política entre o Parlamento e o Goberno, a nosa doutrina non se mostra partidaria dun exercicio da función orzamentaria nesa situación interina¹⁵.

2.1.2. A aprobación de proxectos de lei e a súa retirada

Esta facultade da Xunta de Galicia pon de manifesto a preponderancia dos executivos na función lexislativa dos modernos parlamentos. Resulta un lugar común afirmar que a iniciativa lexislativa triunfadora é a gobernamental e por iso os proxectos de lei constitúen a cerna da análise da produción xurídica das cámaras.

Esta relevancia do papel da Xunta na aprobación dos proxectos de lei e a súa retirada non pode facernos descoñecer que os grupos de presión actúan dun xeito moi relevante no momento previo e tamén no da tramitación parlamentaria dos textos lexislativos. Os membros do Goberno deberán avaliar en cada momento as circunstancias da retirada dun proxecto de lei, sopesando finalmente tamén se o seu é un comportamento apoiado publicamente¹⁶.

Polo demais, as potestades do Goberno en sede parlamentaria aparecen recollidas nesta materia no Regulamento do Parlamento de Galicia que, no seu artigo 125, dispón que o Goberno poderá retirar un proxecto de lei en calquera momento da súa tramitación ante a cámara sempre que non tivera recaído acordo final desta.

¹⁵ Neste sentido entre outros Ramón Punset «La iniciativa legislativa en el ordenamiento español» *Revista de Derecho Político* núm. 14. 1982 páx. 74. En parecido termo pode consultarse o meu traballo: «O control parlamentario das finanzas públicas na Comunidade autónoma de Galicia». *Revista Galega de Administración Pública*. nº 13. 1996.

¹⁶ KAPLAN, M. A.: *Justice, Human Nature Justice, and Political Obligation*, The Free Press, Nova York, 1976, páxina 214.

2.1.3. A aprobación de decretos legislativos

No marco do establecido nos artigos 53 a 57 da Lei reguladora da Xunta e do seu presidente, o goberno galego pode dictar decretos legislativos nos supostos de delegación expresa do Parlamento. Polo tanto, a primeira afirmación nida que convén lembrar é a da inexistencia de decretos leis no dereito autonómico galego. Entendo que non existe unha interdicción constitucional para a súa utilización, pero que a ausencia de previsión estatutaria, ó se-lo Estatuto de Autonomía como é o marco regulador das fontes do dereito autonómico, impide na actualidade a aprobación de decretos leis por parte do goberno galego. Non caberán, pois, en palabras de Rodríguez Zapata «normas de substitución provisional das leis» e é soamente posible acudir, como xa estudiei noutro lugar¹⁷, ós procedementos de urxencia en sede parlamentaria.

Dende o punto de vista formal a regulación dos decretos legislativos en Galicia segue as liñas mestras dos decretos legislativos previstos nos artigos 82 a 85 da Constitución para o caso estatal. Así, a delegación legislativa deberá outorgarse mediante unha lei de bases cando o seu obxecto sexa a formación de textos articulados (tal foi o caso da Lei de taxas e prezos públicos de Galicia) ou por unha lei ordinaria cando se trate de refundir varios textos legais nun só (suposto que se deu aínda que de xeito incompleto con motivo da lexislación autonómica reguladora das caixas de aforro).

Existen determinadas materias que non poden ser obxecto de delegación legislativa, concretamente a regulación do réxime electoral da comunidade autónoma, a aprobación dos orzamentos, as leis institucionais ou de desenvolvemento básico do Estatuto e as que pola súa natureza requiran maioría cualificada para a súa aprobación. A inclusión das leis de desenvolvemento básico do Estatuto que, como expliquei noutro lugar non aparecen detalladas no texto de 1981, provoca que as materias que poidan ser obxecto da delegación sexan delimitadas *in fieri*, dependendo de que determinadas materias que cualifiquen pola Mesa e Xunta de Portavoces da Cámara como propias deste tipo normativo.

Ademais a delegación legislativa debe outorgarse de xeito expreso para materia concreta e con fixación do prazo para o seu exercicio. Esta configuración restrictiva provoca que non se poida entender concedida tacitamente a delegación nin por un tempo impreciso e que tampouco sexa posible a subdelegación en autoridades distintas da propia Xunta. Queda polo tanto prohibida a posibilidade de que a delegación sexa levada a cabo por unha ou varias consellerías, o que quizais na praxe galega provoca o escaso uso deste instrumento normativo para a transposición das

¹⁷ «Os procedementos legislativos especiais». Revista *Dereito*. Vol. 7, nº 1, 1998.

directivas comunitarias, que comunmente afectan de xeito directo a unha ou varias consellerías¹⁸ e si se teñen incorporado ó ordenamento doutras comunidades autónomas mediante decretos lexislativos.

A actuación do Executivo galego vese condicionada polo feito de que as leis de bases aprobadas parlamentariamente deben delimitar con precisión o obxecto e alcance da delegación lexislativa e os principios e criterios que se deben de seguir no seu exercicio. Singularmente nunca o Parlamento poderá autorizar á Xunta para modifica-la propia lei de bases (suporía unha fraude no marco de relación da delegación lexislativa) nin tampouco poderá posibilitar que o Goberno dicte normas con carácter retroactivo.

As leis ordinarias que autorizan a refundición de textos legais deben determina-lo ámbito normativo a que se refire o contido da delegación e especificar se só se posibilita a mera formulación dun texto único ou se habilita para regularizar, aclarar e harmoniza-los textos legais que deban ser refundidos.

Finalmente, o control sobre o exercicio da lexislación delegada exercerase nos termos previstos no regulamento do Parlamento de Galicia sen prexuízo de que as propias leis de delegación establezan en cada caso fórmulas adicionais de control parlamentario, como poden se-la creación de comisións *ad hoc* para o seguimento da actuación governamental. En todo caso, e como sinala Birch¹⁹, debe terse en conta que os gobernantes están obrigados a explicar, dar razóns das súas decisións e a render contas das políticas públicas executadas. Con carácter previo existe un control de legalidade-oportunidade desenvolto por parte do Consello Consultivo de Galicia que, paradoxicamente, ten atribuídas funcións de informe sobre os proxectos de decretos lexislativos e non sobre os proxectos de lei en xeral²⁰.

2.1.4. Actuacións en relación ás proposicións de lei

O Consello da Xunta debe outorgar ou denega-la súa conformidade á tramitación de proposicións de lei que supoñan aumento dos créditos ou mingua dos ingresos orzamentarios. Esta participación do executivo está prevista no artigo 123 do Regulamento do Parlamento de Galicia que dispón que, unha vez exercitada a iniciativa lexislativa parlamenta-

¹⁸ Así o recolle en Italia Luciano VIOLANTE. «Il Parlamento nell'età della globalizzazione». *Rassegna Parlamentare* n°1 2003. Páxina 44.

¹⁹ Vid. BIRCH, A. H.: *Representative and responsible government. An Essay on British constitution*. George Allen and Unwin, Londres, 1964.

²⁰ Para un estudio detallado deste tipo normativo remítome ó meu traballo: «A Xunta ante o Parlamento: as comparecencias e o control da lexislación delegada». *Revista Galega de Administración Pública*, n° 19, 1998.

ria, deberá remitírselle o texto á Xunta de Galicia para que manifieste o seu criterio respecto da toma en consideración polo Pleno da Cámara. Transcorridos quince días sen que a Xunta de Galicia manifestase o seu criterio ou negase expresamente a súa conformidade á súa tramitación a proposición de lei queda en condicións de ser incluída na orde do día do pleno para a súa toma en consideración.

A virtualidade práctica desta participación do executivo na iniciativa lexislativa parlamentaria limitarase, pois, a que, antes de inicia-lo debate plenario, debe darse lectura ó criterio da Xunta se o houber. Non existe, pois, no noso sistema parlamentario unha sorte de veto governamental ás iniciativas lexislativas nadas extramuros da Xunta, o que ademais é plenamente coherente, como apunta Andrea Manzella para o caso da Unión Europea, co residenciamento da representación popular na Cámara parlamentaria²¹.

2.1.5. A potestade regulamentaria

O Consello da Xunta goza dos atributos habituais dos executivos entre os que se atopa a posibilidade de aprobar regulamentos administrativos. A Lei reguladora da Xunta e do seu presidente distingue dous tipos de regulamentos autonómicos.

Por unha banda os regulamentos que aprobe a Xunta para o desenvolvemento e execución das leis de Galicia así como os das leis do Estado. Esta distinción lexislativa é irrelevante a efectos competenciais, pois depende do reparto constitucional das materias e ademais é unha cuestión que se perfila como problemática a nivel xeral e na actualidade no caso italiano²².

Por outra banda existen regulamentos autonómicos que derivarán da necesaria execución dos tratados e convenios internacionais e do cumprimento dos «regulamentos e directrices derivadas daqueles». Esta expresión legal parece ter en conta a particular situación derivada do dereito comunitario europeo, que esixirá de xeito habitual a aprobación de regulamentos autonómicos para a transposición de directivas comunitarias, xa que estas a miúdo afectarán a materias que, sen estar afectadas polo principio da reserva de lei, foron atribuídas²³ á competencia da Comunidade Autónoma de Galicia.

²¹ Así se pronuncia no seu estudo: «Lo Stato 'comunitario'». *Rivista Italiana di Diritto Costituzionale* n° 2/2003.

²² Así Antonio D'ATENA no seu traballo: «Materie legislative e tipologia delle competenze» contido no *Quaderni costituzionali* núm. 1 marzo de 2003, páxs. 15 e ss.

²³ Este feito resulta moi relevante cando se completou o deseño do mapa autonómico do Estado, coa xeneralización da potestade normativa para tódalas comunidades autónomas. Así pode consultarse no repaso histórico feito por Javier PÉREZ ROYO

2.1.6. *Participación nos proxectos de convenios e acordos de cooperación*

A utilización desta vía de participación autonómica vén dada pola situación actual na que se produce unha «erosión do principio de territorialidade do dereito» en palabras de Giacinto della Cananea²⁴, e que no caso español é unha manifestación da superación da territorialidade dos ordenamentos autonómicos.

O propio artigo 35 do Estatuto de Autonomía para Galicia é consciente da importancia que para a comunidade autónoma ten a posibilidade de establecer acordos ou convenios con outras comunidades autónomas para a xestión e prestación dos servizos propios da exclusiva competencia destas, e neste senso a participación da Xunta, sen prexuízo da intervención parlamentaria no seu caso, preséntase como imprescindible.

2.1.7. *Intervención ante o Tribunal Constitucional*

A previsión do artigo 19 do Estatuto de Autonomía para Galicia de que o executivo autonómico poida interpor recursos de inconstitucionalidade e presentarse ante o Tribunal Constitucional nos supostos e termos previstos na Constitución e na Lei orgánica do Tribunal Constitucional, veu puntualizarse por parte da doutrina do máximo intérprete da Constitución. Así a liña máis aperturista represéntaa a sentenza 199/1987, do 16 de decembro, que interpreta o contido do artigo 32.2 da LOTC no sentido de permitirla lexitimación a prol da «depuración do ordenamento xurídico». Non podemos esquecer, en palabras de Fausto Cuocolo²⁵, a importancia da interpretación do Tribunal Constitucional para o coñecemento do ordenamento xurídico e, no noso caso na delimitación da función da Xunta de Galicia na defensa do ordenamento xurídico propio da nosa comunidade autónoma.

2.2. **Función de dirección política**

A denominación «dirección política» ten acollida no dereito constitucional español, como un reflexo da función de «indirizzo politico», acuñado por Mortati²⁶, en relación coa función de representación que o Parlamento desempeña dentro do sistema político italiano. Nesta orde de cousas pode falarse tamén dunha función de «dirección política» por

no seu estudo «Hablando en prosa sin saberlo: reflexiones sobre la articulación territorial del Estado en la Constitución española de 1978», publicado na *Revista de Derecho Político*, nº 54, Madrid, 2002.

²⁴ No seu traballo: «I Pubblici poteri nello spazio giuridico globale», publicado na *Rivista trimestrale di diritto pubblico* núm. 1 de 2003, páx. 23.

²⁵ «Appunti e spunti di diritto costituzionale». *Rassegna Parlamentare*. N° 1 anno XLV.

²⁶ Este autor estudia tamén a importancia do papel goberamental de dirección política en relación coas previsións constitucionais sobre a Constitución económica

parte do executivo que no parlamentarismo racionalizado de Galicia se manifesta en facetas moi heteroxéneas entre si.

2.2.1. *A aprobación de directrices e do programa de goberno*

Trátase de ámbitos nos que a primacía da figura presidencial é obvia, xa que o programa de goberno forma parte esencial do debate de investidura no que o candidato a presidente se postula ante a Cámara, e as directrices gobernamentais adoitan tamén incorporarse na intervención do presidente do executivo nos debates de política xeral.

Hoxe en día non cabe dúbida de que as políticas públicas sono sobre todo do executivo e isto maniféstase claramente nos países do noso contorno. Neste sentido a nosa comunidade autónoma non é unha excepción á hora de constata-la relevancia do papel da Xunta de Galicia nesta materia²⁷.

2.2.2. *Participación na cuestión de confianza e na disolución do Parlamento*

Trátase dunha función «débil», pois a facultade decisoria queda en mans do presidente da Xunta. Ó Consello de Goberno compételle soamente deliberar sobre a cuestión de confianza que o presidente da Xunta propoña formularlle ó Parlamento, así como a disolución da Cámara que o presidente pode decretar ó abeiro do artigo 24 da Lei reguladora da Xunta e do seu presidente. Esta materia, segundo Cano Bueso²⁸, sería de mellor regulación en sede regulamentaria, e preséntase, ó seu xuízo, como inapropiada a conxelación de rango estatutario que se produce nalgún ordenamento autonómico.

2.2.3. *Tomar coñecemento das resolucións parlamentarias*

Esta función do executivo non é meramente recepticia senón que poderá traer consigo a adopción das medidas que procedan. O carácter non vinculante xuridicamente das proposicións non de lei e das mocións parlamentarias fai descansar tódolos seus efectos no ámbito político. Neste sentido, parecen interesantes as experiencias doutros parlamentos nos que hai medios para vixia-la execución do cumprimento destas resolucións

no seu traballo: «Iniziativa privata e imponible di mano d'opera», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, páxinas 1190 e seguintes.

²⁷ Paolo CARETTI e Massimo MORISI apuntaron os cambios recentes en Italia para posibilita-la participación do Parlamento nestas cuestións. Tal e como pode observarse no seu traballo: «Parlamento e politiche pubbliche» publicado no *Quaderni costituzionali* núm. 3 2001.

²⁸ No seu estudio: «El Parlamento de Andalucía: Teoría estatutaria y dinámica política». *Revista Andaluza de Administración Pública*. nº 1 de 2003, páx. 58.

parlamentarias (por exemplo comisións parlamentarias *ad hoc* de seguimento da súa execución). Parecidas consideracións as feitas por Asensi Sabater²⁹ para demanda-la «reanimación» do Parlamento nos nosos días.

2.2.4. *Coordina-las actividades das deputación provinciais*

Segundo Font i Llovet a denominada polo Tribunal Constitucional «garantía institucional da autonomía local» non abonda como medio para defende-lo seu rol fronte a eventuais intromisións das comunidades autónomas. Con todo, preséntase como plenamente acertada a necesidade de que o goberno galego poida coordina-la actividade das deputacións en canto lle afecten directamente ó interese xeral da comunidade autónoma. Esta facultade vese complementada coa posibilidade de acorda-las transferencias ou delegación de funcións nelas.

Tódalas actividades descritas deberán ser controladas polo Parlamento de Galicia, de tal xeito que a propia Lei reguladora da Xunta e do seu presidente se preocupa de prever unha dación de contas á Cámara por parte do goberno nesta materia. Esta solución lexislativa é considerada como insuficiente pola doutrina autonómica (Yebra Martul-Ortega) que entende que queda por resolver aínda unha «relación, coordinación e sistema, en definitiva, dos recursos da propia comunidade autónoma e dos recursos das entidades locais desta»³⁰.

2.2.5. *Cláusula residual*

Recoñecendo a imposibilidade de plasmar tódalas funcións do executivo, a normativa galega contempla que tamén será función da Xunta de Galicia calquera outra que lle veña conferida por algunha disposición legal ou regulamentaria e, en xeral, deliberar sobre aqueles asuntos nos que a súa resolución deba revesti-la forma de decreto ou que pola súa importancia e repercusión na vida da comunidade autónoma, esixan o coñecemento ou deliberación da Xunta.

Atopámonos ante unha función executiva xenérica non normativa que pode vir constituída, a título de exemplo, polo réxime de publicación das normas, disposicións e actos da Xunta de Galicia. Dentro desta cláusula xeral hai que entender incorporadas as numerosas disposicións autonómicas nas que se lle atribúen ó Consello da Xunta competencias en materia sancionadora ó máis alto nivel (lexislación pesqueira, turística, urbanística entre outras).

²⁹ De lectura obrigada é o seu opúsculo: «La reanimación del Parlamento: exigencia de un *constitucionalismo consecuente*», publicado na revista *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*. N°12, 2002.

³⁰ No artigo: «Política financeira e económica da Comunidade Autónoma galega». *Manual de Dereito Galego*. Coordinadora Marta García Pérez. Xunta de Galicia, 1996.

2.3. Funcións administrativas

Esta é outra faceta, frecuentemente disvalorada, do goberno galego en canto cúspide da Administración pública autonómica, xunto a que forma a totalidade do executivo entendido en sentido amplo.

2.3.1. *A resolución de recursos en vía administrativa*

Tratarase normalmente do exercicio de facultades «cuasixurisdictio-nais» constituídas pola resolución de recursos que poñen fin á vía administrativa; é imposible na actualidade a interposición de recursos administrativos fronte a regulamentos emanados do Consello do Goberno, e queda polo tanto reservada esta función para a resolución dos recursos sobre actos administrativos de órganos inferiores. Esta previsión normativa perdeu relevo despois da aprobación do artigo 30 da lei 7/2002 do 27 de decembro, a través do cal se lles atribúe a competencia ós conselleiros para resolve-los recursos administrativos promovidos contra as resolucións dos organismos e das entidades das consellerías, agás cando por lei ou regulamentariamente se lle atribúa esa facultade a outro órgano.

2.3.2. *Nomeamento e cesamento de persoal*

Correspóndelle á Xunta de Galicia o nomeamento e cesamento, a proposta dos conselleiros respectivos, dos altos cargos da Administración pública galega de rango igual ou superior a director xeral. Na actualidade correspóndense tamén a este procedemento os nomeamentos dos secretarios xerais das consellerías e dos directores dos organismos autónomos dependentes destas.

2.3.3. *A creación, modificación e supresión de comisións delegadas*

Esta é unha facultade introducida pola Lei de reforma da lei da Xunta e o seu presidente a través da súa versión de 1988. Sobre este particular xa me referín anteriormente ás carencias que aprecio na normativa reguladora.

2.3.4. *A determinación da estrutura orgánica superior da vicepresidencia ou vicepresidencias e das consellerías*

É unha tarefa que supera a dimensión estritamente organizativa para levar ínsita unha importante carga política, tanto en relación ó contido das políticas públicas como da execución do programa do goberno do partido político que sustenta o executivo. Non poden descoñecerse neste sentido as liortas internas entre os distintos departamentos que adoitan producirse en cada ocasión na que ten lugar un axuste ou «crise» gobernamental. Esas discusións non reflicten máis que a importancia do aparello administrativo (direccións xerais, organismos e empresas dependentes da Consellería) do que dispón o membro do goberno para o exercicio do seu cargo.

2.3.5. A designación dos representantes da comunidade autónoma en organismos institucións e empresas do Estado


A previsión do artigo 55 do Estatuto de Autonomía para Galicia é moi claro. Deste xeito a comunidade autónoma, de acordo co que se establece nas leis do Estado, debe designar os seus propios representantes nos organismos económicos, as institucións financeiras e as empresas públicas do Estado que teñen competencia dentro do territorio galego e que pola súa natureza non sexan obxecto de traspaso. Como pode comprobarse, para este tipo de órganos a lei opta por non lle dar participación directa ó Parlamento, e polo tanto por non abrirlo pluralismo dos distintos grupos parlamentarios á presenza neste plano da participación. A solución parece axeitada sempre e cando os designados o sexan polo seu carácter técnico, pois se se trata dunha representación política da comunidade autónoma sería máis axeitado que a súa extracción se fíxese dende a Cámara parlamentaria.

2.3.6. Supervisión da xestión dos servizos públicos, dos entes e empresas públicas autonómicas

Sen prexuízo da exercida por órganos autonómicos administrativos como a Intervención xeral da comunidade autónoma e por outros externos como o Consello de Contas, compéttelle á Xunta de Galicia a supervisión política de carácter superior sobre todo este tipo de entes. Neste sentido exprésanse disposicións tales como os artigos 6, 11 e 12 do Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro que contén o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

2.3.7. A administración do patrimonio da comunidade autónoma

Para un estudio pormenorizado das competencias que o goberno galego ten nesta materia debemos acudir ó disposto na lei do patrimonio da Comunidade Autónoma galega de 1985 e tamén ó texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de 1992.

A máis recente modificación da Lei 3/1985, do 12 de abril, do patrimonio de Galicia modifica a redacción do artigo 25 establecendo que cando o valor dos bens e dereitos, segundo a declaración de alienabilidade, non exceda de 3.005.000 euros, corresponderalle acordalo alleamento á Consellería de Economía e Facenda. A partir desa cantidade e ata 12.020.000 euros ó Consello da Xunta de Galicia, por proposta da Consellería de Economía e Facenda, e cando exceda de 12.020.000 euros ó Parlamento de Galicia, mediante lei. 



XORNADAS SOBRE O MUNICIPIO DESDE A PERSPECTIVA DO SÉCULO XXI

A Coruña, 9 e 10 de abril de 2002

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Debido ó crecemento económico, á modernización xeral do noso país, ó desenvolvemento do propio sistema democrático, ás demandas dos cidadáns e á entrada de España na Unión Europea, os concellos españois pasaron de ser institucións reguladoras e ordenadoras da convivencia cidadá, a través do exercicio do poder e da tutela, a seren, básica e principalmente, organizacións provedoras de servicios.

Ante os novos retos que formularon os concellos de cara ó futuro, deben acometer unha serie de cambios para seguir mellorando os servicios que lles prestan ós cidadáns e, así, adaptarse ó novo medio e á nova sociedade na que vivimos.

O obxectivo fundamental destas xornadas foi o de realizar unha análise exhaustiva da realidade municipal desde diferentes perspectivas: xurídica, política, sociolóxica, económica, etc. coa finalidade de coñecer os retos e desafíos que deben afrontar os entes locais no recentemente inaugurado século XXI.

* * * * *

Estas xornadas tiveron lugar no salón de actos da Delegación provincial da Consellería de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, na Coruña e, foron organizadas pola EGAP. A súa excelente coordinación correu a cargo de José Manuel Pardellas Rivera.

As xornadas foron inauguradas polo director da Escola Galega de Administración Pública, **Domingo Bello Janeiro**, quen salientou que un dos eixes centrais da xestión municipal e da nova concepción do municipio no século XXI vai ser, sen dúbida, a utilización das novas tecnoloxías, tanto para relacionarse cos cidadáns, como para servir tamén de ferramenta para a axilización desa relación entre os concellos e os cidadáns.

Os concellos e os seus cidadáns están a cambiar de modo substancial as súas relacións debido ás novas tecnoloxías da información e da comunicación que lles permiten unha nova xestión de proximidade ás persoas e ós espazos.

Nos últimos vinte anos os concellos experimentaron importantes transformacións porque cada vez é maior a cantidade de recursos que xestionan, tanto de carácter físico, humano como de índole financeira, e tamén lles prestan cada vez máis servizos ós cidadáns.

Podemos afirmar, sen ningunha dúbida, que o desenvolvemento do sistema democrático do que hoxe gozamos marca un antes e un despois na vida municipal. Os gobernos locais da democracia vense obrigados a facer fronte a déficits de todo tipo que padecían os cidadáns e que era necesario remediar para acadar unha vertebración social que permita o desenvolvemento dun novo sistema consensuado por tódalas forzas políticas e, neste papel de axentes vertebradores do tecido social, os concellos asumen cada vez un maior protagonismo afrontando o desenvolvemento de novos equipamentos, infraestructuras e servizos, o que implica un incremento substancial das súas necesidades financeiras e de recursos de todo tipo.

Neste proceso de desenvolvemento e crecemento da actividade municipal, debemos destacar tamén o seu maior crecemento económico e, tamén, a modernización do país, que propicia que os concellos queiran equipararse, en dimensión e competencias, ós países do noso contorno e, por outra banda, destacamos tamén a filosofía xeral que envolve o desenvolvemento do propio sistema democrático, que obriga ó progresivo achegamento da Administración ó administrado.

Neste sentido, o desenvolvemento do Estado das autonomías constitúe a primeira constatación deste feito, pero non é menos certo que incluso as administracións territoriais de ámbito superior empregan, en múltiples ocasións, os propios concellos como brazos executores da súa política, cobrando estes, polo tanto, un crecente protagonismo como consecuencia do proceso de descentralización de competencias do Estado ás comunidades autónomas, o que produce un dobre efecto no eido local, xa que, por unha banda, os concellos actúan como administracións finalistas ante as demandas dos cidadáns e, por outra, como Administración supletoria de servizos de competencia non local, pero que por diversas circunstancias de distinta índole, de proximidade, etc. teñen que prestar.

Tamén salientou que a Administración municipal é a Administración do futuro porque está máis preto dos cidadáns e, polo tanto, das súas necesidades, problemas, etc.

O primeiro relatorio destas xornadas correu a cargo de **D. Álvaro Rodríguez Bereijo**, catedrático de dereito financeiro e tributario e ex-presidente do Tribunal Constitucional, quen falou sobre *a autonomía local na Constitución española. Proxección administrativa e financeira deste principio constitucional*.

Este relator afirmou que a transformación que están a sufrir os concellos ten a súa base no principio de autonomía, enunciado na Constitución. Ocorre, sen embargo, que a nosa Constitución emprega o termo *autonomía*, consciente do seu carácter polisémico e, así emprega este termo en distintas ocasións. Fala de autonomía no seu artigo 2 para referirse ás nacionalidades e rexións; nacionalidades que non define e rexións ás que lles garante a súa autonomía no título VIII. Tamén se refire á autonomía dos municipios, das provincias e das comunidades autónomas no artigo 140. No 156 fala de autonomía financeira.

A lexislación ordinaria refírese tamén á autonomía administrativa ou orzamentaria das Cortes xerais, do Tribunal Constitucional, das universidades. Tamén hai normas infraconstitucionais que se refiren á autonomía das autoridades administrativas independentes como son o Banco de España, etc.

É evidente que o termo *autonomía*, ó que se refire o noso ordenamento xurídico, e o bloque da constitucionalidade non ten a mesma significación nun e noutro caso. Cando o ordenamento xurídico se refire á autonomía das autoridades administrativas independentes, o propósito desta categoría xurídica non é outro que a vontade de neutralizar politicamente a xestión de certos organismos afastándoos o máis posible da loita partidista. Isto permite identificala autonomía destes entes coma o Banco de España, como mero instrumento de protección das funcións que estas autoridades administrativas cumpren.

Cando a Constitución e as normas que integran o bloque da constitucionalidade se refiren á autonomía dos entes territoriais, o concepto de autonomía ten un sentido político e xurídico moito máis profundo. É unha condición xeral que deriva dunha forma peculiar da estruturación do Estado, no sentido de que a autonomía forma parte do modo en que a Constitución ordena a vertebración territorial do Estado.

Xa no pacto constitucional que deu orixe á Constitución e, tamén, na propia Constitución, as entidades locais foron as grandes esquecidas. A autonomía local garantida na Constitución aparece configurada no noso sistema de distribución territorial do poder político xunto coa vertebración territorial do Estado e co recoñecemento da autonomía política das comunidades autónomas.

Unha das peculiaridades da nosa Constitución, no que atinxe á vertebración territorial do Estado ou á definición da estrutura territorial fundamental do reparto do poder político, é estar, por así dicilo, desconstitucionalizada. A Constitución nomea a autonomía e refírese ás nacionalidades e ás rexións pero non as define e, ó configura-la estrutura territorial do Estado no artigo 2 e despois no título VIII da Constitución, esta desconstitucionaliza a dita estrutura territorial do Estado e, polo tanto, a definición do modelo de Estado implícito nesa distribución territorial do poder que a Constitución leva a cabo. Desconstitucionalizado no sentido de que a Constitución configura un Estado ó que non nomea, ó que non define e, ademais difire a súa definitiva estruturación ó devir posterior á propia Constitución, é dicir, ó que establezan os estatutos de autonomía e as leis que integran o bloque da constitucionalidade.

Esta orixinalidade da nosa Constitución débese ás circunstancias políticas que existían no momento no que se asinou o pacto constitucional en 1977, momento en que as distintas forzas políticas existentes non tiñan unha idea común compartida de España como nación. Isto supuxo unha Constitución que crea un modelo de Estado baseado nunha descentralización política, coa distribución territorial do poder ó que non define nin regula, senón que lle ordena que as leis que integran o bloque da constitucionalidade e posteriores á Constitución, as leis orgánicas que aproban os estatutos de autonomía, vaian definindo en cada caso o acceso á autonomía das comunidades autónomas. Con respecto á autonomía local, a Constitución consagra a autonomía local pero diferindo o seu contido e a determinación da súa regulación ó que establezan as leis que regulan o réxime local. Leis que, neste caso, e como consecuencia do reparto competencial establecido nos artigos 148 e 149 da Constitución, queda remitido á competencia, sexa do Estado ó defínidas as bases do réxime local, sexa das comunidades autónomas con competencias na materia en virtude dos seus estatutos de autonomía, no que se refire á súa capacidade de autoorganización administrativa do seu réxime territorial.

Este distinto carácter que ten a autonomía territorial na Constitución e no título VIII, segundo se refire ás comunidades autónomas e ás entidades locais, ten unha enorme transcendencia, non só porque o Tribunal Constitucional, ó interpreta-lo título VIII e o concepto de autonomía local definido na Constitución, distinguiu de forma nítida (nunha distinción que provocou moitas críticas doutriniais pero que o tribunal se resistiu a cambiar ou modificar) entre *autonomía política*, referida ás comunidades autónomas, e *autonomía administrativa*, referida ás entidades locais. Esta distinción é importante no que atinxe á idea implícita na Constitución, na dinámica da vertebración territorial do Estado, na necesidade de completar esa tarefa constituínte do 1978, no establecemento da estrutura te-

territorial do Estado en torno ó Estado autonómico cunha descentralización política e non só administrativa cara ás corporacións locais. O que se deu en chama-la segunda grande descentralización.

Téntase evita-la aparición dun novo centralismo que xa comeza a emerxer na España autonómica, como consecuencia do crecente poder político asumido polos gobernos autonómicos e, este centralismo de novo cuño está a produci-lo mesmo resultado que o vello centralismo decimonónico cando se fai a estrutura estatal e provincial de España e que asfixia política, financeira e administrativamente os municipios e as entidades locais. Ademais, isto produciríase nun momento no que, como moi ben dicía Domingo Bello, as transformacións do mundo global esixen dos concellos e, concretamente das cidades como centros modernos de localización de industrias e servicios, unha xestión que é decisiva para a localización industrial e para o impulso e desenvolvemento económico nunhas áreas espaciais integradas en unidades cada vez maiores, nas que moitas veces xa non manexamos unidades territoriais nin sequera nacionais, senón unidades supranacionais. Domingo aludiu, moi oportuna-mente, ó papel das cidades e dos municipios que será crecente na Europa unida; neste contexto, de segunda grande descentralización hai outro tema que é o do chamado *Pacto local* cun contido que xirou substancialmente en torno á creación dun mecanismo xurisdiccional de acceso directo dos concellos, das entidades locais ó Tribunal Constitucional en defensa da súa autonomía, o chamado Conflicto local, regulado pola Lei do 2000 que reforma a Lei orgánica do Tribunal Constitucional.

A Constitución, polo tanto, só nomea o termo *autonomía*, que se foi enchendo de contido logo, pouco a pouco a través do labor do Tribunal Constitucional, un labor creativo e non só de interpretación da Constitución, na medida en que a xurisprudencia do Tribunal Constitucional veu contribuír a configurar esa prefiguración difusa, nomeada pero non definida, que a Constitución facía do Estado. De xeito que foi por esa desconstitucionalización que a propia Constitución do 78 fai da estrutura territorial do Estado, polo que o Tribunal Constitucional foi, sentenciar a sentenciar, definindo eses conceptos ou categorías nomeados, pero non definidos, simplemente enunciados na Constitución ou nas normas que integran o bloque da constitucionalidade e os estatutos de autonomía, para ir definindo o seu sentido e, finalmente, foi fundamentalmente unha estrutura territorial do Estado feita a golpe de sentenciar, no que se deu en chama-la construción xurisdiccional do Estado das autonomías. Esta realidade, que foi moi intensa respecto das comunidades autónomas, cunha autonomía política e financeira que se desenvolveu ou se impulsou a golpe de sentenciar e, en boa medida, gracias ó labor do Tribunal Constitucional, que empurrou esa configuración do Estado autonómico a penas debuxada conscientemente polos constituíntes a unha

definición e a unha estrutura política e de poder territorial tal e coma hoxe a coñecemos. Posiblemente, a estrutura territorial do Estado non sería a mesma sen o labor do Tribunal Constitucional.

A inexistencia dun escenario político para a negociación e o regateo político entre as instancias territoriais foi suplido polo Tribunal Constitucional, de xeito que este tivo que resolver, a través de sentencias, auténticos conflitos políticos sen por iso perde-lo Tribunal Constitucional o carácter de órgano xurisdiccional, é dicir, sen que en ningún momento o tribunal resolverse esas controversias políticas por medios ou criterios políticos, senón por medios e criterios xurisdiccionais, ó atender ás regras procesuais dun conflito xurisdiccional de acordo coas regras procesuais dun proceso onde hai unha demanda e unhas normas procesuais que regulan esa controversia xuridicamente formulada, aínda que sexa unha controversia exquisitamente política, pero que o tribunal reconduce ós termos dun conflito xurídico que se resolve en termos procesuais. En certa medida o feito de que o Tribunal Constitucional asumira esta función de resolver constitucionalmente mediante sentenza auténticos conflitos políticos, serviu, sobre todo nos primeiros anos do Estado constitucional e do Estado autonómico, para pacifica-los conflitos e formalizar xuridicamente e en forma xudicial ou xurisdiccional o que eran conflitos políticos. Un xeito de pacifica-los conflitos na sociedade a través do dereito consiste en xuridifica-lo que é un conflito político, un conflito social, co cal o dereito cumpre esa función de paz social que está entre as súas funcións esenciais. Isto fixo posible que conflitos políticos que puideron coloca-lo Estado constitucional e a democracia, daquela incipiente no noso país, en situacións acaso insostibles, puidéronse aliviar gracias á xurisprudencia constitucional. Evidentemente, isto implica diferir un órgano institucional da estrutura política do Estado como é o Tribunal Constitucional, resolver auténticas contendas políticas co risco de implicar a este tribunal no debate político. Visto con perspectiva histórica é parecer deste relator que o Tribunal Constitucional sorteou este risco con éxito, aínda que con luces e sombras, con acertos e erros.

A sentenza capital, no que se refire á definición da estrutura territorial do Estado e á definición da autonomía local, é a Sentencia 4/1981 que define a estrutura territorial na Comunidade Autónoma de Cataluña, no que atinxe ás entidades locais e ó intento de suprimir ou desfigura-la autonomía provincial. No fundamento xurídico terceiro desta sentenza, o tribunal deixa moi claro que a Constitución parte da unidade da nación española que se constitúe, ademais, como Estado social e democrático de dereito. Unidade que se traduce nunha organización do Estado para todo o territorio nacional e na que os órganos centrais do Estado non exercen a totalidade do poder público porque a Constitución prevé, conforme unha distribución vertical de poderes, a participación no exercicio do poder

de entidades territoriais de distinto rango, como son ademais das comunidades autónomas, as provincias e os municipios. Todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses e, verbo da dita autonomía, o tribunal recorda que cando a Constitución se refire á autonomía dos entes territoriais, *autonomía* non significa soberanía que reside unicamente, que lle corresponde unicamente ó Estado e que se residencia no pobo español, de xeito que o recoñecemento desa autonomía das comunidades autónomas e dos entes locais e, no que respecta, ás comunidades autónomas con esa distinción do artigo 2 entre nacionalidades, que se nomean pero non se definen, e rexións, isto non equivale a soberanía. Ese precepto da Constitución reflicte esta concepción ampla e complexa do Estado composta por unha pluralidade de organizacións de carácter territorial, todas elas dotadas da autonomía indispensable para a defensa dos seus respectivos intereses e para o cumprimento das funcións constitucionalmente asignadas a cada un deles. De aí que o principio de autonomía sexa un principio estrutural da Constitución, sexa un supraprincipio constitucional na medida en que o principio de autonomía que ten unha delimitación como concepto aberto, xurídico e indeterminado só pode definirse ou delimitarse a través do exame que, en cada caso a xurisprudencia fixo deste concepto de autonomía, é un principio esencial e estrutural na interpretación do Estado que define a Constitución.

Nesta sentenza o tribunal afirma que a Constitución deriva da necesidade de que o Estado quede colocado nunha posición de superioridade con respecto ós entes territoriais, dotados de autonomía constitucional, unha autonomía que é diferente para as comunidades autónomas, que son entes dotados de autonomía constitucionalmente superior á administrativa ou autonomía política, e á dos entes locais, que é unha autonomía administrativa. Esta afirmación do carácter estritamente administrativo da autonomía local, reiterada polo tribunal en sentencias posteriores como a 32/81 entre outras, na que o tribunal distingue de novo entre o Estado titular da soberanía, as comunidades autónomas caracterizadas pola autonomía política e as provincias e municipios dotados de autonomía administrativa de distinto ámbito. O tribunal, deste xeito, ó separalo distinto carácter que a autonomía ten segundo se refira ás comunidades autónomas ou ás entidades locais e ó referirla regulación destas entidades territoriais segundo sexan comunidades autónomas ou entidades locais, as normas xurídicas de rango distinto para as comunidades autónomas, as normas que pertencen ó bloque da constitucionalidade, é dicir, leis orgánicas dos estatutos ou leis orgánicas de harmonización ou de modificación dos estatutos ou leis orgánicas de transferencia de competencias ás comunidades autónomas, normas todas elas que integran o que se deu en chamar: bloque da constitucionalidade, na medida en que

son normas que xunto coa Constitución, e singularmente co seu título VIII, contribúen a configura-la estrutura territorial do Estado no que se refire ás comunidades autónomas. En tanto que para as entidades locais, a Constitución reconece unha autonomía administrativa na medida en que permite e posibilita a intervención do lexislador ordinario na determinación do ámbito desa autonomía. Determinación legal do ámbito da autonomía que, ó serlle diferido ó lexislador ordinario, permite unha penetración maior e con maior intensidade da acción do lexislador ordinario no ámbito da regulación das entidades locais e, polo tanto, na configuración territorial dunha parte do Estado e da súa Administración pública. Sen embargo, este carácter distinto que a autonomía ten referida ós entes locais por contraposición á autonomía que a Constitución predica das comunidades autónomas, e o feito de que a dispoñibilidade da regulación xurídica dese ámbito de autonomía territorial das entidades locais sexa diferido, non ó lexislador orgánico e de carácter cuasiconstitucional, senón ó simple lexislador ordinario, sexa o lexislador estatal sexa o autonómico, e que sitúa as entidades locais nunha situación de maior debilidade fronte ós poderes públicos que concorren na regulación da súa estrutura administrativa e política, non significa que a Constitución ó consagra-la autonomía no artigo 140 das entidades locais, ademais da proclamada con respecto ás comunidades autónomas, deixara desprovista de protección esa autonomía. Foi precisamente o Tribunal Constitucional o que acuñou un concepto derivado da propia Constitución para poñerlle un límite á libre acción do lexislador, sexa estatal ou autonómico, cando recae sobre o ámbito territorial das entidades locais. Xa o Tribunal Constitucional se referiu á garantía institucional da autonomía local como concepto ou límite infranqueable ó exercicio por parte dos poderes públicos estatais ou autonómicos cando inciden na súa regulación lexislativa sobre o ámbito xurídico das entidades locais, a autonomía das cales reconece e protexe a Constitución. É certo que a través dun concepto indeterminado a garantía institucional que o tribunal diferiu como a determinación daqueles riscos ou características indispoñibles para o lexislador ordinario, estatal ou autonómico, cando ó versar sobre o réxime local poden chegar a desfigura-la estrutura de autonomía dos entes locais. No caso da Sentencia 4/81 sobre as deputacións catalanas, ou na Sentencia do 96 respecto ós plans provinciais de obras e servicios e o réxime xurídico financeiro dos ditos plans provinciais sobre os cales se asenta non só a autonomía financeira, senón tamén a autonomía política das provincias como entidades, o Tribunal Constitucional tivo ocasión de apelar xustamente ó concepto de *garantía institucional* fronte a regulacións, neste caso autonómicas que, ó incidir sobre o réxime local, levaban a cabo tales transformacións que desfiguraban ou baleiraban de contido a autonomía administrativa que a propia Constitución reconece para as entidades locais.

Esta distinta connotación, que ten a autonomía garantida na Constitución respecto das comunidades autónomas e respecto dos entes locais, é o que xustifica o Pacto local, que foi vendido como o medio polo que as entidades locais ían recuperar unha autonomía política, que gracias ó labor xurisprudencial do Tribunal Constitucional, as comunidades autónomas xa desenvolveran ata os límites do Estado autonómico que hoxe coñecemos. Límites que aínda permitirían falar dunha mutación constitucional no que se refire á estrutura do Estado, no sentido de que o Estado coa estrutura que hoxe ten, funcionalmente federal, é probablemente unha realidade non pensada e non querida polos constituíntes que fixeron o título VIII da Constitución.

En todo caso, este carácter de garantía institucional que ten a autonomía local, moi distinta da autonomía política que a Constitución recoñece, fai que esta pretensión signifique a creación dunha ilusión política de crer que mediante este instrumento xurisdiccional de defensa da autonomía local na Constitución, mediante a creación dun conflito local que lles permite ós concellos acceder directamente ó Tribunal Constitucional para, apelando directamente á Constitución e á autonomía local nela recoñecida, acada-las cotas de poder político e acada-lo ámbito de expansión das súas propias competencias como ocorreu co proceso de desenvolvemento do Estado autonómico desde 1978 ata hoxe, nun proceso de expansión das competencias autonómicas acadado fundamentalmente a golpe de sentenza. Isto non é posible non só pola distinta natureza que ten a autonomía nun caso e noutro, senón tamén polo feito de que o ámbito competencial, é dicir, a delimitación das materias sobre as cales son competentes as comunidades autónomas e as entidades locais, tamén ten un carácter moi distinto. As primeiras están definidas na Constitución e, no seu caso, nas leis que aproban os estatutos de autonomía (normas que integran o bloque da constitucionalidade), de xeito que é a interpretación que caso a caso e ó longo do tempo, en boa medida dinámica política, de conceptos abertos, indeterminados, e ás veces ambiguos, contidos na Constitución e nos estatutos; moitas veces con verdadeiras antinomías xurídicas no sentido de que moitos estatutos aprobados despois da Constitución nalgún caso concreto entran abertamente en contradicción e conflito coas normas da Constitución e, aínda que o tribunal se negou a dicir que un determinado Estatuto ou norma estatutaria é inconstitucional, este labor permitiu unha expansión do ámbito material das competencias que están distribuídas na Constitución e nos estatutos, nunha orde aberta, dinámica e consubstancialmente imposible de pechar. Pero ocorre, nembargantes, que isto non se produce respecto da autonomía local recoñecida na Constitución; tampouco, respecto da acción do lexislador posterior, autonómico ou estatal, que regula o réxime local, sexa administrativo sexa financeiro, por-

que respecto da autonomía local a Constitución establece nada máis que unha garantía institucional de que a acción do lexislador que, en moitos casos ten función de tutela administrativa sobre a xestión dos servicios diferidos á competencia local, esa acción do lexislador non pode desfigurarse de tal maneira o réxime administrativo ou o réxime financeiro que converta ese ente territorial local en algo distinto do que a súa natureza implica. Evidentemente, a garantía institucional supón un límite infranqueable pero déixalle un ámbito de actuación ó lexislador moito máis intenso e, por outra parte, a Constitución non enumera nin cifra as competencias que poden asumir os concellos ou as outras entidades locais. Simplemente garante a súa autonomía política, administrativa e financeira, (de xeito que garante os recursos indispensables para cubrir os seus servicios, non a autonomía de que as entidades locais poidan establecer o seu propio sistema de ingresos de xeito tal que se lles garanta a recadación de tódolos recursos necesarios para desenvolver as funcións que legalmente teñan atribuídas. Trátase, a diferenza das CCAA, dunha autonomía financeira, a das entidades locais, vista desde a perspectiva da suficiencia. Isto provoca que o financiamento das corporacións locais fose un financiamento parasitario, que provén doutras administracións, un financiamento dependente de transferencias financeiras ou de recursos que proveñan das facendas doutros niveis territoriais distintos (facenda estatal ou autonómica). Ademais, a Constitución non impón a necesidade de que o lexislador que regula o financiamento local, sexa o estatal ou o autonómico, o faga de tal xeito que garanta que o sistema financeiro local sexa un sistema propio de cada ente local autónomo, distinto e separado do que financia as outras facendas territoriais. Pode ser un financiamento dependente e, polo tanto, politicamente condicionado.

A segunda gran descentralización só pode facela o propio lexislador a través dun grande pacto político que leve a cabo esa descentralización de competencias e de funcións, moi pouco se pode facer xa desde a Administración do Estado, senón que serán fundamentalmente as CCAA –que asumiron pola vía da transferencias de competencias e de servicios, pola vía de leis orgánicas de delegación de competencias, pola vía incluso de sentencias do Tribunal Constitucional– as que irán desenvolvendo un ámbito competencial de autonomía e emerxendo os riscos dun novo centralismo que sexa tan asfixiante como o era o decimonónico con respecto á autonomía local. De xeito que, nesta segunda descentralización, serán máis as CCAA as que terán que ceder competencias ós entes locais, posto que o Estado pouco máis lles pode ceder nas súas competencias ás administracións territoriais, salvo que transformemos ou modifiquemos o modelo territorial de Estado e definido pola Constitución do 78.

O segundo relatorio da xornada estaba previsto que correra a cargo de **José Luis Meilán Gil**, catedrático de dereito administrativo e rector da Universidade da Coruña, para trata-lo tema *da articulación do ordenamento europeo, estatal e autonómico na configuración do réxime xurídico do municipio*. Finalmente, este relator non puido asistir ás xornadas.

De seguido, **Luis Morell Ocaña**, catedrático de dereito administrativo da Universidade Complutense de Madrid, dedicou o seu relatorio a profundar no coñecemento das *competencias municipais: delimitación legal e realidade práctica*, e salientou que o noso dereito público, a partir da posta en vigor da Constitución, foi establecendo dous ámbitos diferenciados de xestión pública: por unha banda, o que podemos denominar ámbito ou sistema xeral, no que o Estado e as comunidades autónomas están presentes e, desde os artigos 148 e 149 CE, realízase un reparto de competencias entre eles; por outra banda, queda, logo de que o lexislador ordinario extrae consecuencias normativas da Constitución, o ámbito da xestión pública local. No primeiro están presentes o Estado e as comunidades autónomas entre os que a propia norma constitucional e os estatutos de autonomía acceden a un reparto das competencias públicas, e logo, no ámbito local de xestión, insírense o municipio e a provincia e, no seu caso, a illa. Poden, así mesmo, engadirse outras entidades locais intermedias como a comarca e a área metropolitana.

O deseño da competencia local está, en primeiro lugar, na Constitución; concretamente nos artigos 137, 140 e 141. O desenvolvemento inmediato destas normas constitucionais atópase na Lei básica de réxime local do 2 de abril de 1985 (en diante LBRL). Nela apúntanse as materias nas que terán competencias as entidades locais.

Para a Lei básica o municipio é a entidade fundamental¹; fundamental ou básica, no sentido de que o municipio queda erixido no nivel xestor municipal. Cando a Lei básica prevé a constitución doutros niveis xestores, como a comarca ou a área metropolitana, recoñéceos como agrupacións de municipios e, a competencia que o lexislador autonómico lles outorgue a estas entidades supramunicipais, deberá facerse a partir das competencias do municipio e, en todo caso, asegurando a súa autonomía.

Xunto ó nivel xestor, primordial, a Lei básica debuxa con claridade un nivel de apoio. Se se examina o artigo 36 LBRL, queda claro que as competencias propias das deputacións provinciais están trazadas desde a perspectiva da constitución dun nivel de apoio á competencia municipal. Así, a deputación coordina os servizos municipais, asiste ós conce-

¹ Artigo 1 LBRL.

llos, e coopera no establecemento dos servizos municipais. Queda unha última competencia que lles atribúe ás deputacións: «o fomento e a administración dos intereses peculiares da provincia».

Aínda que, aparentemente, esta última competencia parece diferenciarse das anteriores, en realidade non hai tal diferenza: é que os intereses peculiares da provincia non poden entenderse máis que desde a perspectiva do propio nivel de xestión pública local. É dicir, os intereses peculiares da provincia teñen, desde a perspectiva da súa proxección sobre materias concretas, unha coincidencia coa materia propia do réxime local, á que a Lei básica dedica o seu artigo 25.

O dito artigo 25 arranca cunha expresión chea de significado: «O municipio exercerá, en todo caso, competencias nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas nas seguintes materias».

É dicir, a lexislación básica, que constitúe o desenvolvemento inmediato da Constitución en materia de réxime local, establece que as materias nas cales debe estar presente o réxime local son materias propias do ámbito local de xestión pública. Do cal se desprende que, en tales materias, ten que estar presente o réxime local. A tarefa que se lle encomenda ó lexislador sectorial, tanto estatal como autonómico, é a de asegurar, en cada unha desas materias, as competencias que proceda, tendo en conta as características da actividade e a capacidade de xestión das entidades locais. Establecidas tales prevencións, as materias locais son as seguintes:

1º. Seguridade pública. Cunha específica referencia á seguridade e lugares públicos, a ordenación e vixilancia do tráfico nas vías urbanas e a protección civil.

2º. Urbanismo. No que se inclúe a ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística. Aquí podemos engadi-la protección do medio natural, que aínda que ten unha mención distinta, constitúe na actualidade un cometido máis propio da ordenación do hábitat urbano, que é realmente a máis típica das competencias locais.

3º. Abastecementos e provisiones. No que a Lei básica inclúe o relativo a mercados, matadoiros, abastos, protección dos consumidores; e, desde a perspectiva das subministracións, a auga con toda a actividade de saneamento e da iluminación pública.

4º. Sanidade interior. Na que se inclúe a policía da salubridade, nas súas diversas manifestacións, a participación na xestión da atención primaria á saúde, e o característico tema dos cemiterios e servizos funerarios.

5º. Transporte. No que as regras son diferentes segundo a cifra de poboación municipal.

6º. Cultura e ocio. No que inclúe o coidado do patrimonio histórico artístico, as actividades culturais en xeral, o coidado do ocio, e o fomento do turismo.

7º. Ensino. Inclúe a participación na programación do ensino, a cooperación coa Administración educativa na creación e sostemento de centros, así como a intervención na xestión e participación na vixilancia do cumprimento da escolaridade obrigatoria.

A enumeración das materias propias da competencia municipal vén acompañada dunha cláusula xeral, maila mención á posibilidade de actividades complementarias. Por unha banda, lexítima o municipio para «promover toda clase de actividades e prestar cantos servicios públicos contribúan a satisfacer as necesidades e aspiracións da comunidade veciñal». Por outra parte, sinala que: «os municipios poden realizar actividades complementarias das propias doutras administracións públicas e, en particular, as relativas á educación, á cultura, á promoción da muller, á vivenda, á sanidade, e á protección do medio natural».

O artigo 36.1 LBRL establece que: «son competencias da deputación as que lles atribúan, neste concepto, as leis do Estado e das comunidades autónomas nos diferentes sectores da acción pública e, en todo caso...».

O problema que se formula, na interpretación desta declaración do lexislador, é o seguinte: a competencia provincial non é, desde logo, soamente a que lle atribúa a legalidade sectorial, do Estado ou da correspondente comunidade autónoma. Unha interpretación en termos de normalidade, desta declaración legal, fai evidente que a Lei básica establece pola súa conta e, calquera que sexan as decisións que tome o lexislador estatal ou autonómico, na normativa sectorial, unha competencia propia da deputación. Competencia que xa, de antemán, lle outorga o lexislador básico, con independencia do que establezan as leis reguladoras dos distintos sectores de acción pública. Competencia, en consecuencia, que é independente do que o lexislador sectorial estableza.

Cabe engadir que esta competencia que, en todo caso, lles entrega o lexislador básico ás deputacións provinciais é, desde un certo punto de vista, unha competencia abstracta, aberta; porque son títulos xurídicos, de por si, abstractos e xerais: a coordinación dos servicios municipais, a asistencia e cooperación ós municipios. Son títulos competenciais que o lexislador debuxa sen ningunha referencia a materias concretas, sobre os que tales títulos competenciais puideran proxectarse. É que estamos ante o que deben denominarse *competencias funcionais*: son funcións que a deputación exerce en relación coas actividades dos municipios da provincia. De aí que non se poida entender que estamos ante un espacio baleiro, que ten que enche-lo lexislador sectorial, que pode ou non darlle entrada en ámbitos de acción pública determinados, á deputación. Moi ó contrario, a Deputación provincial conta con estes títulos competenciais (coordinación, asistencia, cooperación, servicios supracomarcais), en todo caso: é dicir, diga o que diga o lexislador sectorial. Títulos competenciais, funcións propias da deputación que se proxectan sobre a ma-

teria da competencia municipal. É dicir, a Lei básica de réxime local sitúa as funcións das deputacións provinciais nas mesmas materias que son propias da competencia municipal. En relación coas competencias municipais nesas materias, a deputación asume funcións de coordinación, asistencia e cooperación, ó menos.

O mesmo razoamento poderíase levar a cabo cando se examinan as competencias provinciais diferentes á coordinación e á asistencia e cooperación. É dicir, a prestación de «servicios públicos de carácter supramunicipal e, no seu caso, comarcal», e o «fomento e administración dos intereses peculiares da provincia». Os servicios públicos de rango superior ó do municipio ou, no seu caso, da comarca, teñen que referirse á mesma materia competencial que é propia do municipio. É ben coñecido, e o lexislador tíña necesariamente diante, o fenómeno da insuficiencia dos municipios, ó abordar materias da competencia local; insuficiencia que aparece, ou ben desde a perspectiva da pouca viabilidade dun só termo municipal para prestar determinados servicios, como da propia capacidade económica e de xestión que os municipios teñen, para abordalos. Trátase, sempre e en todo caso, de servicios propios da competencia municipal; pero son servicios de carácter inter ou supramunicipal; por iso, a Deputación provincial aparece como a encargada de presta-los ditos servicios, sempre referidos á materia en que, de acordo co lexislador básico, debe proxectarse a actividade local. En definitiva, servicios propios do ámbito local de xestión pública. Por conseguinte, servicios distintos dos que corren a cargo do Estado e da comunidade autónoma.

Unha primeira consideración, de carácter semellante, pode e debe facerse en relación co «fomento e administración dos intereses peculiares da provincia». Aquí hai que entende-la provincia nos termos en que a define o lexislador constitucional; e non debemos esquecer que o constituinte tiña ante si, e vén reiterar, unha definición legal que está en tódolos corpos normativos do Réxime local, desde hai máis dun século; incluso na Constitución de 1931. Trátase da definición da provincia como agrupación de municipios.

En canto agrupacións de municipios, existiron e seguen existindo varias alternativas no dereito público español: ninguén pode poñer en dúbida que tamén son agrupacións de municipios, desde as súas orixes, a illa, a comarca, e non só a provincia. O que engade un trazo diferencial á caracterización da provincia é que, no seu trasfondo, non hai soamente unha agrupación de municipios, senón todo un sistema de cidades; sistema de cidades que polariza, organiza territorialmente, e vencella mediante relacións sociais estables, a capital da provincia. Nun momento determinado pode chegar a desmontarse e ata a disolverse a institución provincial, pero sempre quedará, sen embargo, o sistema urbano subxa-

cente, coa súa xerarquía de núcleos de poboación pivotando en torno á súa capitalidade. De aí que o lexislador básico considere que, con este carácter básico, as deputacións provinciais deben desempeñar, en relación cos núcleos urbanos obxecto dunha longa polarización histórica, determinadas funcións. Estas funcións quedan indemnes fronte á actividade do lexislador sectorial, sempre que estean situadas no contorno de materias da competencia local. Entre elas, desde logo, o fomento dos intereses peculiares dese sistema de núcleos de poboación polarizados en torno á capital.

A LBRL ten en conta esta perspectiva da concepción provincial que permanece ó longo da traxectoria institucional do noso Réxime local. A coordinación dos servizos municipais, e a asistencia e cooperación dos municipios quedan pendentes do que dispón o artigo 36.2.b), segundo expresamente determina o lexislador. Mediante a coordinación, a asistencia e a cooperación, a Deputación provincial «asegura o acceso da poboación da provincia ó conxunto dos servizos mínimos de competencia municipal e a maior eficacia e economicidade na prestación destes mediante calquera tipo de fórmulas de asistencia e cooperación cos municipios».

É dicir, tales tarefas, indiscutiblemente, tomando a provincia no seu conxunto e, desde esa perspectiva, valorízala trama de servizos a cargo dos municipios. O lexislador básico quedaría curto, sen embargo, se se esgotase aquí a regulación da competencia provincial. Considerada no seu conxunto a trama urbana radicada no territorio provincial, aínda quedan dúas tarefas que o lexislador básico lle asigna igualmente á provincia. É que, desde esa perspectiva global, detéctanse dous títulos competenciais de imprescindible outorgamento ás deputacións: a de prestar servizos públicos que superen os ámbitos municipais ou, no seu caso, comarcais; e, por outra banda, o fomento e a administración dos intereses peculiares da provincia. En definitiva, tanto a coordinación, como a cooperación, como estas dúas competencias máis, enchen a competencia provincial dunha dobre e necesaria dimensión: a de se-la instancia de apoio á vida municipal, e a de considerar e trata-la trama municipal no seu conxunto, levando a cabo as tarefas necesarias para o seu progreso. Todo isto, desde logo, no que atinxe á materia propia do sistema de xestión pública local.

Pola tarde, José Manuel Canales Aliende, catedrático de ciencia política e da administración na Universidade de Alacante, comezou falando da *xestión dos servizos locais: novos retos* e, salientou que unha vez principiado o século XXI, cuns novos contornos e problemas socio-políticos, tecnolóxicos, e económicos semella máis que axeitado poder formular tamén os novos retos da xestión dos servizos públicos locais. A globali-

zación, a sociedade do coñecemento, as novas tecnoloxías, constitúen, entre outros, auténticos fitos novidosos e problemas da sociedade actual. Algúns retos que se lle formulan na actualidade á xestión dos servicios públicos locais si teñen un carácter novidoso mentres que outros serán vellos e coñecidos problemas de xestión, que se formulan de xeito diferente hoxe polo distinto contexto e circunstancias nas que nos vemos nestes momentos.

Por outra banda, a xestión dos servicios públicos locais non pode abordarse hoxe de forma simplista e illada doutros aspectos e fenómenos cos que se atopa fortemente condicionado este problema. A xestión pública, en xeral, e a xestión dos servicios públicos locais, en particular, está relacionada e debe analizarse dentro dun marco máis amplo, a saber, entre outros: a redifinición dos novos papeis do Estado, as relacións intergubernamentais e interadministrativas, a gobernabilidade local e os cambios na democracia e na participación local e, todo isto, no caso español complementado por un proceso dual, complexo e aberto de finalización do proceso de definición e articulación do noso modelo territorial de Estado e da nosa plena integración na Unión Europea. A oportunidade e a actualidade de reflexionar sobre esta cuestión, nestes momentos, parece indiscutible con motivo do recente debate iniciado sobre a necesidade dun segundo pacto local ou segunda descentralización, xa que os servicios públicos prestados no eido local, pola proximidade, son os que máis lles interesan ós cidadáns e, ademais, porque hai unha estreita relación entre a Administración local, as liberdades individuais e a capacidade de cambio dunha sociedade. Vemos, pois, que eficacia, innovación, democracia participativa, descentralización dos gobernos locais, son temas actuais, necesarios e complementarios ó mesmo tempo, ós que urxe dar respostas axeitadas. Convén tamén resaltar que non é posible darlles respostas homoxéneas e únicas fronte a unha realidade tan rica, plural e complexa como é hoxe a do sistema político-administrativo local español como acontece no criticado modelo do uniformismo político. Como consecuencia de todo o sinalado ata o de agora, cabe dicir que ante problemas, situacións, retos e demandas locais diferentes non cabe dar respostas semellantes, senón diferenciadas e acordes cos distintos problemas. Non obstante o anterior, o chanzo municipal ten unha relevancia indiscutible hoxe e aquí.

A globalización actual como fenómeno característico das sociedades e dos estados contemporáneos non debe ser un obstáculo, senón un reto e un complemento do local, ó seren ámbolos dous fenómenos característicos desta época. A globalización, ademais, implica unha importante modificación das lóxicas e espazos territoriais e económico-sociais. Nos últimos anos do pasado século XX, producíronse, ademais da globalización, unha serie de cambios estruturais que afectaron substancialmente

ó ámbito local. Entre os múltiples aspectos, fenómenos ou cambios acontecidos podemos destacar un dos máis relevantes como foi a transformación das estruturas sociais, facéndose estas máis diversas e fragmentadas, unha revalorización económica do papel do territorio, un sistema urbano máis complexo, uns novos problemas sociais e, en particular uns fluxos migratorios, uns problemas e demandas ambientais máis complexos e unha desindustrialización progresiva, unha revalorización do capital humano, unhas novas formas de produción e de organización do traballo, novos movementos e demandas sociais e políticas da cidadanía, unha nova praxe e dinámica das relacións supra e internacionais, unha nova sinerxía e complementariedade no territorio entre o eido e os concellos e un envellecemento progresivo da poboación, etc.

Pois ben, nesta nova etapa o desafío real dos gobernos locais é ser tales, plenamente, con total autonomía política, legal e financeira, e potenciando as súas funcións representativas e participativas nun contorno máis progresivo da Europa dos cidadáns, que as cidades debían potenciar ou revaloriza-lo seu papel político e, todo isto, sen esquecer-la súa importante tarefa prestacional próxima ó cidadán que os lexítima plenamente ante eles.

No que atinxe ás tarefas fundamentais dos concellos, non se trata de construír senón de manter; non se trata de facer senón de priorizar; non se trata de xestionar senón de dirixir, de xeito que pasan a ser fundamentais a capacidade de xerar ideas e a capacidade de elección nos servizos públicos.

Segundo este relator é necesaria a reforma do Senado dentro do sistema político español, se ben hai discrepancias en canto ó seu alcance e momento. Na súa opinión persoal, a reforma do Senado non só é de oportunidade senón que ademais é urxente e cun contido competencial o máis amplo posible a fin de coadxuvar non só a un final e mellor vertebración do modelo territorial e económico-social do Estado, senón tamén de acadar unha plena e máis completa representación territorial nesa segunda cámara parlamentaria, e engadíndolle á representación autonómica a local. Entre as causas de debilidade e baleiramento competencial do Senado no noso sistema político están:

1º. a peculiaridade e a complexidade do proceso político da transición española á democracia,

2º. a prioridade dos constituíntes en resolve-lo vello problema histórico rexional a través da creación do chamado Estado das autonomías,

3º. a posición centralista da maioría dos partidos políticos,

4º. o carácter nacionalista dalgunhas CCAA,

5º. o descentralismo progresivo desenvolvido pola totalidade das CCAA con independencia da color ideolóxica dos seus distintos gobernos,

6º. e, por último, a debilidade e, en particular, a crise económico-financeira dun gran número de gobernos locais.

Non pode esquecerse o feito fundamental de que os primeiros gobernos electivos e democráticos foron os gobernos locais nas eleccións municipais de abril do 79 e de que estes gobernos locais foron uns actores institucionais relevantes nas transformacións operadas antes e despois da democracia española e na aprobación da Constitución do 78.

A instancia local é unha parte ou elemento, mais non único, e con caracteres propios, da organización territorial do Estado, dotada de autonomía institucional plena e son as administracións locais non só necesarias, senón tamén as máis próximas ó cidadán e as instancias comúns e ordinarias para o desenvolvemento das actividades prestacionais públicas. A súa falta de suficiencia financeira e de capacidade xerencial son problemas estruturais herdados e hoxe gravísimos.

Por outra banda, non debe esquecerse que o carácter actual bifronte do réxime xurídico local español non o é, en absoluto, do resto da autonomía local como pode parecer.

Propostas concretas:

1º. En primeiro lugar, a reforma do Senado debe implicar, pois, a plena e total representación nel da plural realidade local española ademais da autonómica con senadores electos, número e forma de rematar representativos do ámbito local e autonómico.

2º. O Senado debe se-la cámara parlamentaria por antonomasia para debate-la problemática local e, en particular, a delimitación e a clarificación das políticas e competencias locais. O chamado segundo pacto local ou segunda descentralización local, debe ser obxecto de debate, consenso e aprobación no marco desta cámara parlamentaria. Pero ademais das importantes potestades normativas que ten como tarefa o Senado, non serían menos as relativas á reflexión, ó lugar de encontro e á solución de posibles conflitos políticos do ámbito local. Por outra banda, o debate non debe ser só sobre a vertebración territorial do noso Estado composto, senón tamén sobre a súa vertebración de infraestructuras socioeconómicas, educativas e culturais.

3º. O Senado podería ser tamén a institución que elixise, no seu día, a representación territorial local española para esa segunda eurocámara de representación territorial europea proxectada na non nata Constitución europea.

4º. En todo caso, a coordinación e colaboración da representación española no Comité de rexións e de poñer-lo calco do Senado parece evidente, e ademais necesario.

5º. A adscrición dalgunha das vellas funcións ou ben a recreación do desaparecido instituto de estudos da Administración local, hoxe ads-

crito ó INAP e para desenvolver basicamente funcións de investigación, estudio e publicación de carácter local. A proposta deste relator é que calquera fundación, centro ou instituto adscrito ó Senado tería dúas importantes funcións ou tarefas novidasas que serían:

- A creación dun banco de datos do sistema político-administrativo local español, con especial relevancia ós datos relativos á xestión pública local, permitiríanos coñecer, xunto ós datos electorais de estrutura e organización local, indicadores de poboación e sociais, os indicadores de xestión permitiríanos coñecer-la capacidade real de xestión local en España e facilitar, ademais, análises e estudos comparados previos á modernización e mellora da acción pública e facilitar solucións alternativas que se poden adoitar.

- En segundo lugar, complementario do anterior e moi importante, sobre todo, cara ó futuro é a creación dun banco de datos de boas prácticas locais que nos permitiría o desenvolvemento do *best marketing* a nivel local e, polo tanto, unha economía de escala e unha máis doada e barata modernización administrativa.

6º. Por último, o fortalecemento da Comisión de entes locais dentro do Senado sen prexuízo das competencias do pleno.

O marco do Senado e, dentro dun contorno maior, a Unión Europea e o Comité de rexións e poderes locais, é o ámbito para poder aborda-la reforma, a modernización, os retos ou os desafíos da xestión dos servizos públicos locais en España.

A década dos 60 supuxo, froito da crise económica e, polo tanto, do modelo keynesiano do Estado do benestar, o cuestionamento do modelo tradicional, burocrático, formalista, xerárquico, legalista e garantista en exceso dada a existencia dun novo contorno caracterizado polas notas de inestabilidade, complexidade, dinamicidade e competitividade. Tódolos países occidentais intentaron darlles resposta ós novos problemas de xestión formulados e desenvolver diversas experiencias modernizadoras. As diferentes correntes deron lugar ó que se coñece en versión académica como *a nova xestión pública* e que motivou diferentes consideracións, tratados na doutrina. A modernización administrativa nestes anos, *versus* a reforma administrativa dos sesenta, vai tentar se-la resposta ós retos e demandas formulados sobre a necesidade de renovación e adaptación do sector público e constituír un proceso máis complexo e plural que o acontecido na época precedente e utilizar para iso varios instrumentos ou técnicas complementarias dándolles maior importancia e orientación ós resultados, á calidade na prestación dos bens e servizos públicos e á satisfacción dos seus usuarios, pero sobre todo e ante todo, facendo fincapé no cambio de cultura como factor estratéxico. As experiencias acontecidas na década dos 70 e dos 80 deron orixe a unha

serie de críticas e de reflexións á chamada *nova xestión pública*, que serían fundamentalmente as seguintes. Esta versión é demasiado economicista fronte a valores coma a ética, a igualdade, a equidade e a eficacia. Esta corrente propugna un exceso de contratación externa de difícil control público posterior e implica, en ocasións, un esquecemento ou incumprimento da legalidade. Por outra banda, implica unha praxe en ocasións do tan criticado e deostado, pero logo practicado, modelo neotaleorista e, por outra banda tamén, practica unha praxe da xestión pública demasiado focalizada e cunha visión demasiado a curto prazo fronte a unha necesidade estratéxica de medio e longo prazo na xestión pública. Das leccións ou experiencias aprendidas nestes anos, este relator destacou, seguindo a doutrina máis caracterizada, as seguintes:

En primeiro lugar, esa afirmación tan curiosa, tan equivocada e tan analfabeta no público de que hai que copiar da empresa privada, que aínda se oe que é a salvación do sector público, xa pasamos dela, afortunadamente; isto xa está superado, xa non hai que copiar da empresa privada e, isto implica noutra serie de cuestións, un reformulamento xeral de qué é o público e qué é a xestión pública. Aprendámo-la revalorización do papel e o valor do público así como a afirmación paradigmática de que a especificidade ou peculiaridade do público é diferente e diferenciado do privado. Non caben pois fáciles mimetismos, nin a hipervaloración xenérica da primacía da empresa privada. Cuestión distinta é a necesidade actual de colaboración entre o sector público e o privado e hoxe tamén do terceiro sector ou do mundo das ONG's. Outra cousa é tamén a incorporación, iso si, froito dunha prudente reflexión previa, rigorosa e preventiva das técnicas do sector privado ó sector público. En concordancia co anterior e con carácter previo, a afirmación inequívoca de que o mercado non pode nin debe substituí-los procesos de debate, decisión e participación políticas e iso como manifestación da existencia dun réxime político democrático. Hoxe o mercado é importante, é coadxuvante e é orientativo, pero nunca substitutivo dos valores do público e afortunadamente hoxe, o Banco mundial, a OCDE e os grandes organismos internacionais, puxéronnos en alerta sobre esta cuestión fronte a algunhas afirmacións de moda. Debemos revaloriza-lo público e a súa especificidade.

En segundo lugar, unha experiencia importante nos últimos anos foi o convencemento da non existencia dun modelo único e de validez universal en materia de xestión pública. Aquí non se sacraliza nada, non se dogmatiza nada e, sobre todo, o que pode acontecer en Nova Zelandia ou en Ohio non ten por qué valer en Santiago, na Coruña ou en Galicia. Cada realidade é complexa e terá que ter un proceso de reflexión previa e de análise. Fácales mimetismos non acontecen na xestión pública nin se pode xogar con ela o mesmo que se xoga cos xoguetes, nin serven experiencias de laboratorio.

En terceiro lugar, a consideración na xestión pública de tres elementos complementarios entre si e moi importantes:

- En primeiro lugar, as reflexións, a teoría e a doutrina que podemos achega-los académicos.
- En segundo lugar, as técnicas, os instrumentos, as experiencias e as boas prácticas.
- E, en terceiro lugar, a cultura. Dentro da cultura da xestión pública e da súa composición plural, equívoca e complexa, destacaríase os valores, o comportamento e a ética pública. Cando as persoas se comportan, se orientan e actúan pola ética pública, non fai falta a xerarquía, nin a vía penal nin calquera outra vía.

Outra importante experiencia destes anos é a consideración das persoas como receptoras dos servizos públicos, algo máis que coma clientes. O cidadán non só é cliente senón que é cidadán, sobre todo. É ademais portavoz e titular de dereitos públicos subxectivos. As cartas de servizos implican, nese sentido, unha concreción, unha explicitación dos dereitos e deberes das administracións públicas e dos cidadáns.

Hoxe vemos que é cada vez máis importante a progresiva transparencia e o control democrático da xestión pública. Ademais, hoxe as persoas son as que determinan as organizacións e as organizacións son hoxe as persoas que traballan nelas (superouse esa expresión de *recursos humanos*). Hoxe, polo tanto, as persoas son estratéxicas e é un paradigma a necesidade de contar cos empregados públicos capaces para poder obter éxito en calquera proceso de cambio da Administración pública. A motivación e a capacitación necesaria dos empregados públicos é un tema moi importante.

Tamén aprendémo-lo necesario e complementario liderado político-administrativo e o liderado administrativo a nivel directivo público nos procesos de innovación e de xestión administrativos e, estes ademais coas características do liderado tanto político coma administrativo de fortaleza, clara visibilidade e publicidade, continuidade e intensidade.

Tamén aprendémo-la utilidade da experimentación e da aprendizaxe organizativas logo dunha completa, axeitada, participada planificación estratéxica e unha posterior revalorización.

Tamén aprendemos que a privatización e a contratación externa son aqueles servizos públicos e actividades necesarias que poden ser nalgún momento necesarias, pero non é, como dixo a OCDE, a única alternativa á publicación dos servizos públicos.

Outra experiencia destes anos é a valoración e utilización das técnicas da calidade total como un fin en si. A separación entre as funcións políticas e administrativas e, polo tanto, das responsabilidades; a nova xestión pública flexible, por obxectivos e orientada fai os resultados ó servi-

cio da sociedade civil e da cidadanía e implica, ó mesmo tempo, un reforzamento e unha busca das alternativas, de esixencia, de responsabilidades administrativas polos resultados da xestión.

Outra experiencia aprendida nestes anos é que a modularización ou creación de axencias, servicios comúns, centros xestores, etc., como medio para eliminar estruturas organizativas ríxidas, formais e complexas e para facer estas máis áxiles, sinxelas e flexibles, polo tanto, facer unhas estruturas organizativas menos piramidais, ríxidas e xerárquicas, é un feito. Hoxe, na sociedade do coñecemento demándansenos organizacións máis horizontais, máis en rede, menos piramidais, menos xerárquicas.

Fixación duns obxectivos máis claros, axeitados, útiles e medibles nas organizacións públicas. A utilización progresiva de indicadores de xestión como medios para a información, a medición e a comparación na xestión pública son tamén unha aprendizaxe dos últimos anos e un reto e unha alternativa no futuro. A introducción de políticas de selección, formación, motivación e avaliación do rendemento dos funcionarios públicos en substitución da orientación e técnicas clásicas de mera administración conxuntural dos recursos humanos tamén o aprendemos nestes anos.

A profesionalización ó máximo mediante políticas axeitadas de persoas no sector público constitúe hoxe a alternativa. A profundación, os procesos internos de descentralización, desconcentración e delegación administrativas tamén son hoxe unha experiencia aprendida.

Outra experiencia máis é a busca de alternativas ó proceso e xestión orzamentaria tradicional para desenvolver unha xestión orzamentaria por programas e obxectivos dentro dun marco máis amplo e a longo prazo a través da planificación estratéxica e, isto, intensificando e revalorizando o carácter político do proceso de liberación e acordo previo, así como o control posterior da execución orzamentaria. O orzamento non debe ser só unha mera expresión legal e contable, senón un instrumento valiosísimo de xestión e información na xestión pública.

Outra experiencia é a implantación da competencia interna e externa. Outra é o desenvolvemento dunha cultura e praxe de colaboración e coordinación entre as administracións públicas a fin de acadar unha maior simplificación, axilidade e economía de escala, evitando así duplicidades innecesarias, patoloxías e maiores custos.

Outra experiencia aprendida é a potenciación da maior e máis intensa comunicación e información interna e externa.

Outra experiencia e outro reto ó mesmo tempo é a xestión multinivel e en rede de complicado e difícil control.

Por último, e non menos importante, debemos destaca-lo desenvolvemento do principio de legalidade vencellante no actuar administrativo. Legalidade e eficacia son ámbolos dous principios constitucionais

de obrigado cumprimento, e ó mesmo tempo complementarios, mentres que a eficiencia e o puro xerencialismo «gringo» non o son.

Para rematar, este relator fixo referencia ós retos dentro da xestión local e salientou que hoxe estamos asistindo no mundo do sector público a unha serie de ensinanzas das que xa falamos que non deixan de ser principios orientadores dos servizos públicos en xeral. Os principais retos que se afrontan na xestión dos servizos públicos locais, así como as principais respostas poderían se-los seguintes:

1º. En primeiro lugar, os gobernos locais deben reorienta-la súa acción. Gobernar hoxe non é sinónimo de gastar moito, nin de prestar moitos servizos senón, sobre todo e ante todo, de desenvolver ó máximo as capacidades dos gobernos locais de estratexia, orientación, dirección, liderado político, buscando o consenso de tódalas forzas políticas e da sociedade civil.

2º. En segundo lugar, a complexidade e interdependencia actual dos gobernos locais fan necesaria unha reconsideración do papel do territorio e das súas características como chaves para determina-la acción pública local.

3º. En terceiro lugar, a competitividade entre entes locais vai ser unha característica e un novo efecto da globalización, xa que non se van poder resolver coma antes os problemas pola soa posesión de distintos recursos ou de competencias, senón que van ter influencia outros novos factores de competitividade, como por exemplo o funcionamento axeitado do sistema urbano rexional, a inserción do territorio nos sistemas de comunicacións, as políticas comerciais, a existencia de políticas e de institucións políticas representativas, a cultura e a capacidade xerencial local, etc.

Os gobernos e as administracións locais en xeral e as municipais en particular, o mesmo que o Estado, deben, ademais, ter unha orientación e unha acción máis relacional, é dicir, desenvolver ó máximo as súas capacidades de relación, negociación, colaboración e coordinación con outros gobernos e administracións públicas de distinto nivel: central, autonómico e europeo.

Cómpre reparar no deseño e desenvolvemento dunhas estruturas de goberno e de xestión máis áxiles, sinxelas e flexibles en función das distintas tipoloxías, contextos e problemas dos entes locais. Este deseño trae consigo problemas a nivel macro, xa que lle corresponde a cada ente local a decisión, a ser posible consensuada e participada, da colaboración cos demais tendo en conta a economía de escala e a súa capacidade xerencial a través de diversas fórmulas alternativas: asociacionismo e cooperación. Cuestión ligada coa potestade de autoorganización é a forma de presta-los servizos públicos, existindo tamén neste aspecto a plena potestade para constituír, organizar, modificar e suprimi-los servizos pú-

blicos e a súa competencia, sendo o único límite legal a obriga da xestión directa para aqueles servizos que impliquen o exercicio da autoridade e poden optar para os restantes non só polas fórmulas previstas no artigo 85 da LBRL, senón tamén por calquera outra non expresamente contemplada no citado precepto.

Por último, dicir que hai que desenvolver ó máximo a capacidade e a cultura xerencial nos servizos públicos locais, en xeral, e municipais, en particular, e desenvolve-la función pública directiva local.

A continuación, **Rafael Catalá Polo**, subsecretario do Ministerio de Facenda, referiuse ó *financiamento municipal e á suficiencia financeira das facendas locais*. Este relator salientou que a forte demanda de servizos municipais que se desencadea coa extensión das formas democráticas de goberno local a partir da promulgación da nosa Constitución, viuse fortemente freada pola escaseza de fontes de financiamento.

A dita escaseza financeira tivo unha causa visible no carácter obsoleto do seu sistema de financiamento, que carecía de figuras tributarias de peso para poder garantir-lles un fluxo suficiente e estable de recursos ós municipios.

A Lei reguladora das facendas locais (LBRL), xurdiu en 1988 coa finalidade de cubri-las insuficiencias do marco regulatorio de financiamento legal e estruturouse sobre os principios constitucionais de autonomía (artigo 140 CE) e suficiencia (artigo 142 CE). O principio de autonomía interprétase como a capacidade dos municipios para establecer e esixir tributos propios ou modifica-la súa contía baixo a coordinación do Estado que é o que ten a potestade orixinaria para establecer tributos; e por suficiencia enténdese o dereito das corporacións locais a percibi-los recursos suficientes para financia-las súas responsabilidades de gastos que as leis lle atribuíron. Tales recursos estarán integrados, como di a Constitución, polos seus propios tributos e tamén polos achegamentos do Estado e das comunidades autónomas.

A Lei reguladora das facendas locais pretendeu:

1. Potencia-la corresponsabilidade fiscal dos municipios.
2. Proporcionar un fluxo estable de financiamento e
3. unha redistribución máis xusta dos recursos do Estado aumentando a solidariedade cos municipios de baixa renda relativa.

Deste xeito, a lei cualificou os ingresos municipais nas seguintes categorías:

1. Recursos propios: integrados por impostos e recargos sobre os impostos das comunidades autónomas e outras entidades locais; e taxas, e contribucións especiais.

2. A participación nos tributos do Estado e nos tributos das comunidades autónomas.

3. As subvencións finalistas.

4. Os prezos públicos e

5. os ingresos procedentes das operacións de crédito.

Posiblemente a novidade máis importante da lei foi a creación dos tres grandes impostos municipais de implantación obrigatoria (o imposto sobre bens inmobles, IBI; o imposto sobre actividades económicas, IAE; e o imposto sobre vehículos de tracción mecánica, IVTM) e outros dous impostos voluntarios (o imposto sobre construcións, instalacións e obras, ICIO e o imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana, IIVT). A potestade para a implantación destes dous últimos correspóndelles ós concellos.

Na súa longa década de existencia, a Lei reguladora das facendas locais experimentou adaptacións ata chegar á configuración actual, sempre buscando unha maior adaptación ós principios de suficiencia, autonomía, solidariedade e estabilidade macroeconómica para os que foi deseñada. Segundo este relator a lei acadou máis resultados positivos que carencias, e estas últimas son susceptibles de corrección sen grandes cambios no modelo. Polo tanto, a experiencia dos pasados vinte anos de financiamento local xunto á dos novos compromisos que España asumiu en materia de estabilidade e crecemento económico no ámbito da Unión Europea marcan, sen dúbida, o camiño do futuro do noso financiamento municipal.

Así, os riscos básicos que o relator entende que debe incorpora-lo novo modelo de financiamento local en España son os seguintes:

1. O novo sistema de financiamento beneficiaríase dun esforzo aclaratorio nas competencias de gasto das municipalidades.

2. O sistema debería aborda-los problemas de falta de neutralidade do IAE e, adicionalmente, examina-lo resto dos impostos buscando o seu perfeccionamento.

3. O modelo de financiamento local debería explora-las posibilidades de maior autonomía financeira sen dana-las responsabilidades do Estado en materia de estabilización económica e redistribución da renda.

4. A reforma debe ser valente e debe potencia-las figuras recadatorias que impulsen o principio do beneficio na facenda municipal.

5. O novo modelo de financiamento local deberá consolida-lo actual sistema de endebedamento municipal contido na Lei reguladora das facendas locais xunto ás prescricións la Lei de estabilidade orzamentaria.

6. Finalmente, a reforma de financiamento deberá abordar, ou cando menos formular, o problema das transferencias das comunidades autónomas no financiamento dos entes locais.

O derradeiro relatorio desta primeira xornada correu a cargo de Miguel de la Villa Polo, vocal asesor da Dirección Xeral de Administración Local do Ministerio para as Administracións Públicas, quen tratou o tema da *función pública local: situación actual e perspectivas de futuro*. En España actualmente hai 8.105 concellos, dos cales case 7.000 teñen menos de 5.000 habitantes, o que significa desde o punto de vista dos recursos humanos que as persoas que desempeñan os postos de traballo neses municipios son escasas. Do total de funcionarios públicos, máis de 2 millóns de persoas en todo o Estado español, case arredor de 450.000 persoas son funcionarios públicos locais. É tal a diversidade dos municipios españois que os funcionarios locais realmente son funcionarios especializados nun tipo especial de traballo administrativo. Son os funcionarios que están na primeira liña ou liña de fronteira, diante do cidadán, aguantando todo o que o cidadán lle esixe, posto que as súas primeiras demandas son para o concello e, polo tanto, para o persoal local, o cal esixe un talante especial destes funcionarios locais.

Realmente, atopámonos ante unha enorme complexidade da sociedade e da vida política e administrativa. Hai un desenvolvemento das novas tecnoloxías e dos medios de comunicación que esixen estarse adaptando permanentemente, para a mellor prestación dos servicios ó cidadán. A organización territorial do país é complexa non só pola existencia do Estado, CCAA e entidades locais, senón pola propia existencia da Unión Europea, na que realmente as normas europeas son de directa aplicación. Tamén existe unha complexidade funcional, porque cada vez os municipios están prestando, de feito, un conxunto máis amplo de servicios polo que o persoal que se dedica a isto debe ter unha especialidade maior. Existe ademais unha complexidade organizativa porque a forma de prestación dos servicios esixe ás veces o establecemento de fórmulas que non sexan de prestación directa polos funcionarios, senón fórmulas a través de organismos autónomos, sociedades mercantís, sociedades mixtas, etc. En definitiva, o que quixo manifestar este relator é que temos unha realidade territorial complexa, que temos unha distribución moi pouco uniforme dos municipios e que a realidade do mundo no que nos movemos é cada vez máis complexa.

A partir de aquí, faise necesario o deseño dunha política de recursos humanos para os municipios que permita afrontar eses novos retos. Realmente rexe o principio de autoorganización dentro de cada corporación local, sen embargo, segundo este relator, desde unha visión máis ampla como é a da Administración do Estado, hai que potenciar un conxunto de medios que lles permitan afrontar ás corporacións locais os retos da mellor prestación de servicios. Existe unha confrontación entre política e Administración nas corporacións locais máis grande que en calquera outra Administración. Por unha banda, toda a capacidade de decisión, tódolos

actos administrativos nas corporacións locais son dictados polos órganos políticos, son os responsables políticos os que teñen tódalas capacidades decisorias, sen que no ámbito administrativo exista ningunha capacidade decisoria. Despois da LBRL no ano 85, esta postura incluso se acentuou. A partir do ano 85 tódalas decisións recaen sobre os órganos políticos do concello. Incluso coa reforma do ano 99, que o Estado chamou o *Pacto local*, co que se potenciou a potestade planificadora do pleno e a potestade executiva do alcalde, pero as funcións seguen a recaer no ámbito político, mentres que desde moitos sectores doutrinais se fala de que é imprescindible que desde corporacións locais de certa dimensión, un certo conxunto de competencias se exerzan desde ámbitos distintos ó ámbito político. O ámbito político é o que debe planificar, o que debe decidir, pero a execución das políticas públicas debe realizala o persoal administrativo.

Estamos nun momento no que hai que dividir en tres niveis:

1º. Un nivel político de decisión na Administración pública e, desde logo, é aplicable á Administración local.

2º. Un nivel directivo na Administración local. Un nivel de persoas que sexan capaces de dirixi-las políticas públicas locais con habilidades de negociación, dirección de recursos humanos, coñecemento de técnicas que se aplican no sector privado, etc.

3º. Un nivel executor dos servicios que deben presta-los empregados das corporacións locais.

Ata o de agora non existe un estatuto do directivo público. Hai iniciativas neste sentido, sobre todo, para as grandes cidades.

A responsabilidade en canto ós funcionarios con habilitación de carácter nacional, estalle atribuída ó Ministerio de Administracións Públicas no que atinxe á selección e á formación. Desde este ministerio crese que é necesaria unha certa homoxeneidade en tódalas corporacións locais españolas en canto ó exercicio das funcións reservadas que se plasman no artigo 99 da LBRL. Desde o Ministerio de Administracións Públicas pénsase que toda a complexidade das corporacións locais, a igualdade no exercicio das funcións tanto de asesoramento, como de fiscalización, contabilidade, etc. é igual, idéntica e a complexidade das corporacións locais esixe que a subescala de secretaría e intervención sexa do grupo A. Isto está pendente de decisión política.

Hai un problema que lles afecta a tódolos funcionarios públicos e, polo tanto, tamén ós funcionarios das corporacións locais con habilitación ou sen habilitación de carácter nacional, que é a existencia dun Estatuto da Función pública. A Lei 30/84 dictouse con carácter provisional ante unha determinada situación existente naquel momento, pretendíase nese momento redactar un Estatuto da Función pública que regulase tódalas situacións dos funcionarios, toda a carreira administrativa, tódo-

los aspectos derivados da xestión e, a día de hoxe, non existe ese estatuto. Desde o ministerio houbo varios proxectos pero non callaron. Sería desexable un estatuto que marcasse as relacións claras de tódolos funcionarios locais en canto ó modelo, á carreira, etc.

O mércores, 10 de abril, a xornada matinal comezou cun relatorio sobre *a cooperación provincial na prestación de servicios de competencia municipal: situación actual e perspectivas de futuro*, que foi tratado por **Teresa Carballera Rivera**, profesora de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela. Esta relatora destacou que o deseño competencial que recolle a LBRL non é, senón, o mínimo indispoñible que garante a autonomía local. A maiores, a lexislación autonómica e estatal poden ir enchendo as competencias provinciais propias de acordo co criterio do interese e, consonte os principios de descentralización e máxima proximidade ós cidadáns. As técnicas para efectuar estas operacións son as normas de transferencia, contempladas non só na LBRL, senón en tódolos estatutos de autonomía.

Sen embargo, esta relatora sinalou que a situación na que se atopan as provincias na actualidade está nas antípodas do deseño legal, e isto porque:

1º. Practicamente ningunha comunidade autónoma realizou transferencias a favor das deputacións provinciais en materias sectoriais, senón todo o contrario.

2º. A delegación e xestión ordinaria de competencias seguiu a mesma sorte que as transferencias, tendéndose a favorecer coa articulación destas fórmulas de relación os niveis municipais e comarcais nun claro intento de restarlles forza á entidade provincial.

3º. Polo que atinxe ás competencias propias definidas na LBRL, a cuestión non mellorou, senón que se foi recortando o ámbito de actuación da entidade provincial.

En canto ó futuro da cooperación provincial, esta relatora salientou que, ó seu entender, a verdadeira natureza e cometidos das deputacións provinciais hai que buscalos na propia evolución dos feitos, intentando corrixi-los erros do sistema e buscando novos camiños de adaptación ás necesidades e esixencias do medio. A chave do futuro, segundo ela atópase:

1. Na descentralización das competencias autonómicas, misión que semella imposible pero que é esixible.

2. Na delegación e xestión ordinaria de competencias.

3. A desigual utilización da coordinación das competencias en materia de cooperación municipal. Fronte á coordinación das competencias provinciais forxáronse posturas diametralmente opostas.

4. A inadecuación do modelo cooperativo provincial e o fin da provincia.

5. A busca de novas funcións provinciais.

O seguinte relatorio, correu a cargo de **Andrés Precedo Ledo**, catedrático de xeografía humana da Universidade de Santiago de Compostela e secretario xeral para a planificación e desenvolvemento territorial da Xunta de Galicia, e versou sobre as *estratexias para o desenvolvemento comarcal en Galicia*. Este relator salientou que a organización comarcal de Galicia é unha das alíneas contidas no Estatuto de Autonomía da Comunidade Autónoma, no que se reconece explicitamente que a comarca é a organización propia de Galicia.

Despois de varios intentos frustrados para defini-lo mapa comarcal de Galicia, realizados desde diversas institucións como a Universidade ou a Xunta de Galicia, o primeiro goberno que se instituíu baixo a presidencia de D. Manuel Fraga, incluíu entre os seus principais obxectivos a comarcalización de Galicia. Tralo estudio de diversas posibilidades e das experiencias existentes, o goberno galego entendeu que o modelo político-administrativo non era daquela o máis axeitado para a realidade rexional, nin o máis necesario naquel momento, porque supoñía un incremento da complexidade administrativa e a introducción dun novo nivel entre as entidades locais existentes, o que complicaba o xa complexo mapa administrativo. Polo tanto, non era necesario crear comarcas se non tiveran outro obxectivo que o administrativo e, de aí, xurdiu unha estratexia alternativa para dotar a Galicia dun modelo propio e diferenciado.

Precedo Ledo afirmou que o modelo de Desenvolvemento Comarcal en Galicia está en condicións de achegar solucións complementarias, a escala local, á ampla serie de problemas relacionados cos distintos ámbitos da planificación e o desenvolvemento, desde a organización administrativa, a programación socioeconómica e a ordenación do territorio, ata a xestión do potencial endógeno e a dinamización do tecido social. Todo isto, baixo unha concepción integradora, para conseguir un crecemento espacial máis equilibrado. Equilibrio que atopa na rede de desenvolvemento comarcal o soporte máis axeitado para a súa consecución, e para acadar que os estímulos ó desenvolvemento teñan unha continuidade no tempo, proporcionando, á súa vez, unha estrutura territorial descentralizada capaz de recibir e encarreira-los procesos de difusión e innovación no territorio.

En definitiva, o desenvolvemento comarcal combina, o carácter integrador da planificación rexional, a filosofía do desenvolvemento local (expresada a través das relacións descendentes e ascendentes), a metodoloxía da planificación estratéxica (cooperación público-privada e participación da poboación), e os principios de coordinación e subsidiariedade

aplicados á acción administrativa e é a comarca a unidade territorial estratéxica para a súa implementación.

As súas posibilidades de aplicación son, segundo este relator, amplas ó ofrecer unha estratexia innovadora de desenvolvemento descentralizado, que vén sendo útil porque responde tanto ás demandas das rexións desenvolvidas ou de desenvolvemento intermedio, como ás rexións pouco desenvolvidas ou en vías de desenvolvemento. Nestas últimas, a creación e potenciación de centros locais de crecemento e desenvolvemento –asociados á estratexia das pequenas cidades– configuran unha das poucas alternativas válidas para corrixi-los excesos acumulativos producidos –directa ou indirectamente– polo funcionamento do sistema económico internacional e do modelo capitalista neoliberal vencellado a un proceso de globalización que deixa á marxe amplos e numerosos espazos e acentúa as desigualdades culturais, sociais, económicas e espaciais.

A suma de tódolos obxectivos sinalados e a necesidade de adoptar escalas intermedias de planificación e xestión, xustifica sobradamente a oportunidade ou o acerto de considera-la comarca coma a unidade espacial estratéxica para a xestión do desenvolvemento territorial en Galicia. Esta función complétese mediante o seu papel como marco espacial de acción para poñer en marcha unha estratexia de implicación e acción social, de promoción de iniciativas productivas e doutro tipo, que engaden valor ó territorio, a través de factores estruturais de carácter intanxible. Evidentemente, a comarca como referente territorial básico para a poboación, é un marco estable e permanente, aberto a novos contidos e funcións, como unha estrutura adaptable a un entorno caracterizado polo cambio e a apertura, con valor de permanencia que se basea na identificación do individuo co seu contorno, no sentido de pertenza. En definitiva, no sentimento de lugar.

O seguinte relatorio correu a cargo de **Alfonso Rueda de Valenzuela**, secretario de Administración local e director xeral da Administración Local da Xunta de Galicia, que versou sobre *os pactos locais autónomos: particularidades da Comunidade Autónoma de Galicia*. Este relator salientou que só un formulamento estrictamente teórico pode soste-la idea do *Pacto local* como un puro proceso de descentralización competencial, desprovisto de calquera outra consideración; desde logo, este ten que ser un dos seus aspectos principais pero non o único.

Da propia formulación da idea despréndese un obxectivo moito máis amplo, que busca máis unha reformulación do papel que lles corresponde ás entidades locais no novo Estado autónómico que unha simple reordenación de competencias administrativas: descoñece-lo trasfondo político que o Pacto local supón conduciría, sen dúbida, á súa materialización incompleta ou, seguramente, á imposibilidade directa da súa materialización.

Así, a necesidade dunha nova concepción das facendas locais, acompañada dunha reformulación das estruturas tradicionais locais, ten que considerarse ó mesmo tempo que a descentralización de competencias propiamente dita.

Sen dúbida, a filosofía e os principios que subxacen na idea do Pacto local reclaman o acordo unánime de todos na necesidade de levalo a cabo. Outra cousa é a enorme complexidade que se advirte desde o mesmo comezo do seu proceso de execución, e que nos debe levar a unha profunda reflexión sobre cál debe se-lo seu obxectivo, a qué ámbito se debe referir, e con qué medios podemos contar para levalo a cabo.

O Pacto local deberá supoñer beneficios tanxibles. Ben formulado e cunha vocación global, podería achegarlles ós nosos concellos un novo escenario no que desenvolve-las enormes potencialidades que a materialización do principio de subsidiariedade e a súa propia importancia no artellamento administrativo, económico e sociolóxico de Galicia, lles atribúe por dereito.

Pola tarde as xornadas comezaron cunha mesa coloquio sobre as *propostas e iniciativas municipais para o futuro inmediato*. Nesta mesa redonda, participaron os seguintes relatores:

1º. **Dositeo Rodríguez Rodríguez**, vicepresidente 2º da Deputación provincial da Coruña, quen salientou que o poder local se caracteriza por ser un poder que asume o compromiso de recadar tributos para atende-las súas necesidades, e que parcialmente se nutre con transferencias do poder central, pero unha parte moi importante do seu orzamento teno a través de contribucións municipais, de exaccións municipais, fronte ás CCAA que inicialmente absorben a maior parte dos recursos con transferencia do poder estatal e que só se atopan con que teñen unha corresponsabilidade fiscal *sui generis*, porque a corresponsabilidade fiscal das CCAA é coparticipar en tributos xestionados pola Administración do Estado. Hoxe é unha necesidade social xeneralizada a capacidade dos municipios para respostar ás demandas da sociedade actual e chega o momento do que chamaríamos o *poder local*. Para converter esta necesidade social nunha realidade, en primeiro lugar, os argumentos de carácter legal son xenerosos na súa extensión, pero non concretos (exemplo artigo 80 Lei 5/1997 de réxime local de Galicia). A realidade social galega é que existen moitos municipios pequenos, que determinan estratexias distintas de actuación. É inútil que hoxe os municipios tenten resolver por si mesmos as necesidades que demanda a sociedade actual, necesítanse mecanismos de colaboración e coordinación que están previstos na Lei de réxime local de Galicia, pero que non funcionaron axeitadamente ata o de agora. Por outra banda, o Pacto local esixe políticas gradualistas e distintas segundo as dimensións dos municipios. Os grandes obxectivos dos municipios son: participar activamente no desenvol-

vemento económico, tamén participar no desenvolvemento da sociedade da información, e no desenvolvemento do medio natural que vai influír no urbanismo e tamén no turismo.

2º. **Miguel Ramón Pampín Rúa**, alcalde de Melide e senador e secretario da Comisión de entidades locais do Senado, afirmou que o obxectivo último dos concellos é o de mellora-la calidade de vida dos seus cidadáns. Así mesmo, salientou que é necesario levar a cabo a segunda descentralización tendo en conta as características de cada territorio. Se se leva a cabo o Pacto local cambiaríase o ámbito competencial dos concellos e tódalas propostas e iniciativas que podemos facer hoxe e aquí dependen das materias que sexan obxecto de descentralización ou transferencia das CCAA ós concellos, nas áreas que poden ser transferidas: consumo, deporte, xuventude, educación, emprego, medio natural, muller, ordenación do territorio e urbanismo, patrimonio histórico-artístico, protección civil, sanidade, servicios sociais, transporte, turismo e venda. A concesión de competencias ós concellos terá que ser sempre de carácter voluntario para os concellos. Deben establecerse controis para que funcionen axeitadamente os servicios e tamén establecer mecanismos de cooperación. Tamén incidiu no feito de que as deputacións provinciais deben apoiar en todo momento ós concellos na prestación dos servicios ós cidadáns. Ademais, deberanse establecer indicadores que permitan a medición da eficacia na xestión dos servicios públicos descentralizados. Outro elemento fundamental para que todo isto se poida facer real é o financiamento.

3º. **José Nuño Riesgo**, xefe de programas da Federación Española de Municipios e Provincias, destacou que nos atopamos nun momento no que falar da xestión dos servicios públicos locais debe estar ligado a modelos de calidade, eficiencia, e utilización de tecnoloxías que posibiliten a dita prestación. Salientou que os ámbitos de actuación prioritaria na xestión interna son:

- a) A certificación de calidade na norma ISO.
- b) O tema do portelo único.
- c) A autoavaliación.
- d) Un plan de mellora continua e
- e) un plan global de calidade.

En canto á atención ó cidadán debemos destacar: o servicio municipal de atención ó cidadán, 012; o teléfono de asistencia 010; a oficina de atención ó cidadán, o teléfono do veciño; a concellería de atención ó cidadán; o departamento de atención ó cidadán; a oficina do defensor do cidadán; un sistema integral de atención ó cidadán; programas de atención ó cidadán e a caixa de correos do cidadán.

Polo que atinxe ás tecnoloxías da información e comunicacións, as iniciativas en canto Administración electrónica, sociedade da información e cidade dixital, son moi ambiciosas e tentan xerar unha comunidade virtual no territorio municipal, achegando o cidadán ós servicios e informacións. Tamén a rede telemática provincial, telecentros municipais, portelo virtual, librería virtual e plan informático.

A modernización das organizacións locais vai incrementa-la relación de confianza dos cidadáns, vai mellora-la capacidade de penetración e influencia social, vai manter unha relación máis intensa, vai mellorar, en definitiva, a prestación dos servicios e asenta-las organizacións como concellos preparados para enfronta-los retos do século no que vivimos.

4º. **José Manuel Piñeiro Amigo**, secretario xeral da Federación Galega de Municipios e Provincias, salientou que no marco xeográfico europeo no que nos desenvolvemos, á luz dos principios da reunión de Niza de 2000, co horizonte da convención de 2004, a Administración local ten que formularse, como unha meta ineludible, a súa integración con luz propia no goberno de Europa. Unha Europa que se pretende facer, non xa para os cidadáns, senón cos cidadáns, e apoiada nos principios de subsidiariedade, proximidade, transparencia e eficacia, o cal só é posible coa integración dos organismos municipais e locais. Faise, pois, necesaria unha acción concertada para tódalas institucións europeas: os estados membros, as autoridades locais e rexionais e a sociedade civil. A Carta europea xa pretendía chegar ó cidadán pola vía da democracia rexional e local, para o cal será preciso articular unha participación na elaboración das políticas da Unión por medio dun diálogo máis sistemático coas asociacións da Administración rexional.

Logo da mesa coloquio, as xornadas continuaron co relatorio de **Pablo Trillo-Figueroa Martínez-Conde**, secretario xeral-técnico do Ministerio para as Administracións Públicas, quen falou das *relacións das entidades locais co Estado e as comunidades autónomas. Consecuencias para os municipios e as provincias da integración na Unión Europea*. Este relator afirmou que un dos ámbitos das administracións públicas onde con máis forza se está deixando senti-lo proceso de integración europea é o propio das entidades locais. O papel da Administración local neste proceso é básico e a súa presenza nesta é permanente como o demostra a existencia do Comité das rexións, o órgano máis novo da Unión Europea, creado en 1991 polo Tratado de Maastricht, como órgano de consulta obrigatoria en tódolos ámbitos que poidan ter repercusións a nivel rexional e local e que, por estar composto por representantes dos entes rexionais e locais, adquire dentro da arquitectura institucional europea un carácter singularizado que non posúen os demais órganos.

Esta incorporación das entidades locais ó proceso de integración europea tivo que superar un atraso evidente desde o momento mesmo do xurdimento das comunidades e tamén tivo que servirse das estruturas administrativas internas dos estados membros, o que produciu que «as entidades locais quedaran marxinas da arquitectura institucional comunitaria, a pesar da súa relevancia posicional derivada de constituí-la instancia administrativa máis próxima ó cidadán e proxectarse sobre ela unha lexitimidade democrática non deficitaria» (Arroyo Yanes).

Sen embargo, ó longo destes últimos anos este panorama comeza a cambiar, ó producírense movementos significativos co fin de intensificar o papel dos poderes locais europeos no marco xurídico da Unión.

Entre os fitos máis relevantes deste proceso que revelan un cambio da mentalidade na apreciación dos poderes locais na Unión Europea, podemos cita-los seguintes:

1º. A Carta europea de autonomía local. Na lectura das competencias administrativas que efectúa das entidades locais é onde a carta acada o seu maior calado, entre elas:

- posibilidade de asignar competencias para fins específicos que complementen as competencias básicas encomendadas que deben vir recoñecidas ó máximo nivel xurídico posible.
- Recoñecemento da liberdade para exercer iniciativas alí onde estea excluída a súa presenza ou haxa unha administración afectada.
- Preferencia polo exercicio de competencias polas autoridades máis próximas ó cidadán.
- Prohibición da inmisión doutras autoridades no exercicio de competencias administrativas encomendadas ás autoridades locais e opción nítida polas competencias exclusivas e non compartidas.
- Posibilidade de adapta-las competencias delegadas á realidade ou contexto legal condicionante.
- Recoñecemento dun dereito de consulta previa cando deban adoptarse decisións que lles afecten directamente.

2º. O principio de subsidiariedade, que supón que: «nos ámbitos que non sexan da súa competencia exclusiva, a comunidade intervirá, conforme ó principio de subsidiariedade só na medida en que os obxectivos da acción pretendida non poidan ser acadados de xeito suficiente polos estados membros e, por conseguinte, poidan acadarse mellor, debido á dimensión ou ós efectos da acción contemplada a nivel comunitario». Trátase fundamentalmente dun principio político xurdido a partir de Maastriicht coa intención de dotar de novas competencias á Unión Europea pero sen que iso se produza a custa doutras instancias, respectando as que xa teñen os países membros e as súas administracións territoriais.

3º. O principio de proximidade ós cidadáns. A proximidade é un concepto da política europea creado en reacción contra as insuficiencias da práctica actual da acción pública. O Tratado de Maastricht contempla a esixencia de proximidade ós cidadáns no seu preámbulo, así como en varios elementos do seu contido: a introducción do principio de subsidiariedade, a creación do Comité das rexións e a instauración da cidadanía europea. A política de proximidade baséase nunha boa comunicación co cidadán e presupón un recoñecemento pleno e total do principio de subsidiariedade, unha mellor determinación das competencias e unha estruturación clara das responsabilidades dos Estados membros e a Unión Europea.

4º. O principio de proporcionalidade, que procede da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. Segundo este principio ningunha acción da comunidade excederá do necesario para acadalos obxectivos do tratado, con independencia de que sexa ou non competencia da comunidade. Isto significa que as autoridades comunitarias non poden deseñalas súas accións sen intuí-lo impacto que a súa posta en marcha vai ter na esfera local europea.

5º. O Comité das rexións, que debe ser consultado obrigatoriamente en tódolos ámbitos que poidan ter repercusións a nivel rexional e local. Actualmente, e desde a entrada en vigor do Tratado de Amsterdam, os ámbitos de consulta obrigada son: cohesión económica, e social, redes de infraestrutura transeuropea, saúde, educación e cultura, política de emprego, política social, medio natural, formación profesional e transportes. Tamén pode emitir dictames por iniciativa propia ou por petición do Parlamento europeo.

O derradeiro relatorio destas xornadas correu a cargo de **Ramón Álvarez de Miranda**, conselleiro do departamento de entidades locais do Tribunal de Contas, quen se referiu á *situación económico-financieira das entidades locais a través das súas contas. Incidencia da Lei de estabilidade orzamentaria nas entidades locais*.

Ó aborda-la situación económico financeira das entidades locais non hai que esquecer que, baixo unha denominación común, atopámonos ante un conxunto heteroxéneo de entidades, con ámbitos de actuación, competencias, fontes de financiamento e órganos de goberno distintos. A lei engloba como entidades locais: o municipio, a provincia, a illa, as comarcas, as áreas metropolitanas e as comunidades de concellos. Pero, incluso dentro dunha mesma categoría a disparidade é grande; así, a realidade económica dos grandes municipios achégase máis á do resto da Administración pública e demandan estes unha Lei de grandes cidades, mentres que as pequenas corporacións e entidades locais presentan perfís singulares.

É preciso recoñece-lo importante esforzo que supuxo para as entidades públicas locais ter que adaptarse a unha contabilidade que esixiu o manexo de múltiples e novidosos conceptos, afastados en numerosas ocasións das tradicionais magnitudes orzamentarias.

Desde a implantación, en 1992, do sistema contable vixente, aprobouse o novo Plan xeral de contabilidade pública por Orde do Ministerio de Economía e Facenda, do 6 de maio de 1994, modificado por Orde do 18 de febreiro de 1999. É ben coñecido que por imperativo legal da lei reguladora das facendas locais, o Plan de contas da Administración local debe adaptarse a esta nova versión do Plan xeral de contabilidade pública, adaptación que tardou en acometerse para permitirla asimilación previa da ICAL.

A experiencia amosa, non obstante, que a adaptación e axeitado funcionamento da ICAL, dez anos despois da súa implantación, están sendo lentos e defectuosos no conxunto do subsector, especialmente, en boa parte das entidades locais menores e nun número pequeno, pero significativo, de entidades que prefiren asumir o custo da imaxe pública de non render contas, que as responsabilidades que derivarían da rendición dunha xestión irregular, chea de incumprimentos.

Poderíamos concluír que a realidade e situación económico-financieira das entidades locais a través das súas contas está queixada de importantes lagoas que limitan a formulación dunha opinión extensible ó conxunto do sector local. Isto non quere dicir que non exista unha boa práctica contable en múltiples entidades, pero na análise global a boa xestión queda escurecida polo panorama existente.

En todo caso, para abrangue-las cuestións máis importantes relacionadas coa estabilidade orzamentaria, é preciso apuntar de forma moi breve diversos temas relacionados coa importancia financeira do sector local e co seu sistema de financiamento, cuestións sobre as que posiblemente está todo dito, pero sobre as que, necesariamente, debemos insistir:

O primeiro é de constatación da falta de desenvolvemento financeiro das entidades locais.

O modelo de descentralización do Estado detívose no nivel autonómico. A porcentaxe de participación das entidades locais no gasto non financeiro consolidado dos entes públicos administrativos permaneceu practicamente constante nos últimos vinte anos, entre o 10 e o 12% do total. Para os teóricos da facenda pública, a utilización dunha distribución do 40%, 30% e 30%, entre o nivel central de asignación do gasto, nivel autonómico e nivel local, considérase como a estrutura máis axeitada que permite concilia-la provisión de bens públicos locais cos restantes bens públicos. En todo caso, lonxe das propostas teóricas e máis preto da comparación internacional, na media ponderada dos países con estrutura federal, a porcentaxe do gasto público local móvese en torno ó

20%. O modelo español presenta, pois, unha estrutura do gasto local moi afastada do teórico 30% e a medio camiño da media dos países de estrutura federal.


A pesar da escaseza do gasto –que é a expresión financeira da escaseza de competencias das entidades locais–, o financiamento deste gasto vese envolto en grandes incertezas, como consecuencia dun conxunto de factores, entre os que paga a pena destaca-los seguintes:

- O financiamento municipal mantívose á espera da existencia dun acordo de financiamento autonómico, que tivera visos de estabilidade a medio prazo. O atraso deste condicionou o peche do proceso.
- O achegamento ós problemas dos cidadáns, ás súas necesidades e preferencias, propiciou que as entidades locais asumiran determinadas actuacións en ámbitos para os que non teñen expresamente atribuídas competencias e, polo tanto, financiamento, co conseguinte factor de desequilibrio, ou que tendo capacidade, por diversas circunstancias, optaron por non cobra-los servicios prestados.
- Por último, o financiamento municipal sobre a base dun incremento dos valores catastrais a valores de mercado, quedou nun intento frustrado ó non se adoptaren instrumentos que reduciran o impacto no contribuínte mediante a súa deducción na imposición estatal, ou á ausencia da coordinación da facenda estatal cos concellos para a redución de tarifas e evitar un masivo e desproporcionado incremento da presión fiscal.

A Lei de estabilidade marca o inicio dunha nova etapa para a xestión orzamentaria das administracións locais, que terán moi restrinxido o recurso de endebedamento como fonte principal de ingresos e que terán que recorrer ó aforro para poder enfronta-los proxectos de investimento no seu territorio.

Nos momentos de restricción é cando máis necesaria resulta a análise detida de todos e cada un dos programas de gasto emprendidos. Parece evidente que poida esta lei fomentar novas fórmulas para acomete-los proxectos de investimento nas que se lle dea cabida ó sector privado e se produza a redefinición de moitas das unidades de xestión municipais para orientalas ó mercado e financiarlas maioritariamente con ingresos comerciais. Do mesmo xeito pódese acabar fomentando as concesións administrativas de obra pública ou modelos semellantes, nos que a cambio dun monopolio sexa unha empresa privada seleccionada con publicidade e concorrencia a que xestione un determinado servicio público e acometa as novas inversións necesarias.

Finalmente, todas estas modalidades serán ben acollidas se contribúen á eficiencia e á viabilidade financeira e deberán ser rexeitadas se unicamente pretenden o deferimento orzamentario ou, o que é aínda peor, o disimulo orzamentario.

As xornadas foron clausuradas por **Jaime Pita Varela**, conselleiro da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, quen manifestou o grao de satisfacción que desde o goberno de Galicia se ten polo funcionamento da Escola Galega de Administración Pública, pioneira en moitas das actividades que vén realizando e guía para outras comunidades que están a facer un seguimento do traballo desta Escola na nosa comunidade. Salientou ademais que o futuro faise entre todos e cada día. 

XORNADAS SOBRE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: OPORTUNIDADES E DESAFÍOS PARA OS ENTES TERRITORIAIS

Pontevedra, 28 e 29 de maio de 2002

Juan González Hiltner

Bolseiro de investigación EGAP

Os temas que foron obxecto de exposición e debate nestas xornadas tiveron como propósito reflexionar sobre algúns aspectos dos problemas que deberán afrontar as administracións públicas para aproveitar o potencial das tecnoloxías da información e do coñecemento (TICs) na organización e funcionamento das administracións públicas, de xeito que se sitúen como organizacións prestadoras de servizos de calidade, eficaces e eficientes e en continua adaptación ós cambios para responder ás necesidades sociais nas mellores condicións posibles. No que se refire ó ámbito municipal, adaptar a organización e o concello ás TICs implica tamén promover a xestión de determinados servizos públicos a través de Internet. Todo isto significa orientar os servizos de Internet ás necesidades dos cidadáns e ós seus problemas máis usuais.

Na apertura das xornadas, o director da Escola Galega de Administración Pública, **Domingo Bello Janeiro**, destacou que a rede Internet e o desenvolvemento das tecnoloxías da información poden ser instrumentos que posibiliten unha nova prestación de servizos, así como a aparición e potenciación das canles de comunicación e interacción entre as administracións e os cidadáns. Afirmou que na Administración do século XXI é preciso que as iniciativas públicas de desenvolvemento da sociedade

da información e da Administración electrónica, tamén chamada *e-Administración*, teñan como obxectivo posibilitar esta interacción do cidadán, ou cliente da administración, coa política e coa xestión de servizos. A xuízo de Domingo Bello, os avances que brinda Internet permiten aforrar trámites presenciais, ó ofrecerlle ó usuario a posibilidade de realizar xestións, solicitar ou entregar documentos e certificacións dende un simple ordenador persoal.

A primeira intervención da mañá correu a cargo do catedrático de dereito administrativo e director de REDETI (*Revista do Dereito das Telecomunicacións e as Infraestructuras en Rede*), Juan Miguel de la Cuétara Martínez. O relator tivo a oportunidade de ampliar o coñecemento sobre as novas redes, servizos e aplicacións telemáticas para as comunidades locais. Afirmou que as redes telemáticas toman cada vez máis camiños, e estrutúranse sobre redes fixas: telefónica, cable, etc; redes móbiles: XSM, UMTS, etc., e as redes corporativas: Internet, Intranet, etc.

A telemática incrementa a produtividade no que os analistas chaman a «*nova economía*», e os novos postos de traballo aparecen no hipersector das TICs, e, a pesar da actual crise, o sector segue a medrar. As entidades locais queren impulsa-lo que se chaman as «*ciudades cableadas*», as «*ciudades tecnológicas*», estimulando a modernización tecnolóxica mediante accións de fomento, convenios e concertos así como as iniciativas públicas (STOKAB: extensión da fibra óptica a toda a cidade de Estocolmo).

Entre as iniciativas máis salientables, De la Cuétara mencionou *Infoville*, *Localia*, os plans do goberno español *Info XXI*, iniciativas europeas como *e-Europe*, etc., cursos, xornadas e reunións sobre *e-Administración*. Fronte a estas iniciativas e para evita-lo desconcerto, é necesario, segundo o relator, responder ós seguintes interrogantes: 1) saber de qué falamos, 2) aprecia-la realidade e 3) impulsa-lo futuro.

Respecto á primeira cuestión, saber de qué estamos a falar, o profesor De la Cuétara explicou a importancia das infraestructuras e as redes. Non hai telemática sen infraestructuras e os operadores quéixanse das dificultades que atopan a nivel local para tendelas súas redes, de aí a importancia de que as autoridades locais coñezan a fondo as redes do seu territorio. Saber e saber facer son a clave da tranquilidade cidadá. Os servizos e as súas aplicacións son a clave do despegue telemático, e a Administración local debe dar exemplo co seu uso, debe buscar aplicacións sinxelas e forma-los seus funcionarios; é o efecto demostración dunha grande importancia a nivel local.

Respecto da segunda cuestión, aprecia-la realidade, puxo o exemplo das televisións e radios locais. As tvs e radios de «*proximidade*» teñen o seu lugar no complexo mundo audiovisual, deben limita-las súas aspiracións e concentrarse nas súas vantaxes comparativas, atendendo á nova legisla-

ción audiovisual. Un bo exemplo sería, segundo o relator, a creación dunha «radiotelevisión-escola local». En canto ás redes telemáticas locais, xa hai moito feito, pero queda moito por facer. Cómpre prima-la orientación cara ó cidadán e visualiza-los seus productos e utilidade. Puxo como exemplos a eliminación das colas coa creación de caixeiros automáticos administrativos, e solucións sinxelas para as comunicacións interadministrativas que non precisan de sinatura electrónica.

Puxo enriba da mesa o concepto de convivencia electrónica, ó manifestar que cómpre fuxir das utopías, pois a sociedade da información é para persoas normais. Engadiu que algúns sectores son máis proclives á aceptación das melloras telemáticas. Así, puxo os exemplos do sector do medio natural, responsable do control da contaminación, informando ó cidadán, creando foros de debate, etc.; e os departamentos de tráfico que dispoñen de servicios de telecontrol, recollida de vehículos abandonados, etc.

Como resposta á derradeira cuestión, impulsa-lo futuro, dixo que é necesario estende-la formación a todos. Por un lado, a formación dos funcionarios debe ser consensuada, continua e personalizada, con efectos eficaces a curto e longo prazo e con iniciativas persoais (autoformación). Por outra banda, a formación da poboación, debe ser en cooperación con outras administracións e orientada desde a política local.

Salientou como circunstancias favorables para as TICs que o futuro non pode forzarse, as TICs desenvolveranse se atopan o contorno propicio e, tamén, que a cidade é moderna, só require sensibilidade das autoridades, oportunidades para os emprendedores e non esquece-los núcleos illados.

Recapitulando, o profesor De la Cuétara destacou a necesidade de ter sensibilidade cara ás redes, xa que a vida veciñal se mostra especialmente sensible cara ás telecomunicacións. Salientou a responsabilidade das autoridades de acadar esta sensibilidade, aproveitando o positivo e reducindo o negativo deste fenómeno. Os servicios telemáticos locais poden e deben ser útiles, o «efecto demostración» é importante, pero require que os servicios mostren a súa utilidade. Poucas actuacións, no sector axeitado, sinxelas e ben enfocadas, son preferibles a moitas iniciativas incoexas. O cidadán é o primeiro, iso é o fin de mellora-la convivencia.

Xa para rematar e como conclusión, manifestou que a Administración electrónica xa está entre nós, a convivencia local atopa aquí novas oportunidades para desenvolverse e que a vida local tradicional resultará reforzada da experiencia.

A segunda intervención da mañá tivo como protagonista a **Santiago González-Varas Ibáñez**, profesor titular de dereito administrativo da Universidade de León. A súa exposición centrouse no pulo das administracións territoriais ás novas redes e ás técnicas dispoñibles.

A primeira parte da súa presentación dedicouna a estudar cómo lle van afectar ó funcionario as novas lexislacións que incorporan as novas tecnoloxías na práctica administrativa por referencia ós contratos e ós procedementos. Un primeiro exemplo gráfico da repercusión das tecnoloxías sobre a práctica administrativa é a contratación. O *quid* das reformas en curso é a maior utilización de medios tecnolóxicos na fase de adxudicación do contrato administrativo, é dicir, nas vantaxes que se conseguen cando o procedemento de adxudicación se tramita empregando medios electrónicos, desde o punto de vista da súa maior celeridade.

Como referencia ás tecnoloxías e ós procedementos administrativos, o profesor González-Varas subliñou o artigo 45 da Lei 30/1992 de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. En esencia, no dito artigo apóstase polo emprego e aplicación dos medios electrónicos (parágrafo 1), en especial nas relacións entre a Administración e os cidadáns (parágrafo 2). Tamén fixo referencia ó Real decreto 263/1996, do 16 de febreiro, polo que se regula a utilización de técnicas electrónicas, informáticas e telemáticas pola Administración xeral do Estado. Interesa cita-la Lei 24/2001, do 27 de decembro: os rexistros telemáticos e a obrigatoriedade de emprega-los medios telemáticos, xa que introduce na LRXAP-PAC unha alínea 9 ó artigo 38 da citada LRXAP-PAC, en virtude do cal se poderán crear rexistros telemáticos para a recepción ou saída de solicitudes.

De especial transcendencia é, igualmente, a incorporación de técnicas electrónicas, informáticas e telemáticas, que lle realiza a dita Lei 24/2001, do 27 de decembro, á seguridade xurídica preventiva, entendendo por tal o uso da sinatura electrónica por parte de notarios e rexistradores da propiedade, mercantís ou de bens mobles no exercicio das súas funcións públicas.

O artigo 81 da Lei 66/1997, do 30 de decembro de medidas fiscais, administrativas e de orde social habilita á Fábrica Nacional de Moeda e Timbre-Real Casa da Moeda (FNMT-RCM) para a prestación dos servicios técnicos e administrativos necesarios para garanti-la seguridade, a validez e a eficacia das comunicacións das administracións públicas e organismos públicos, a través de técnicas e medios electrónicos, informáticos e telemáticos. Para a prestación dos servicios mencionados a FNMT-RCM proporcionaralle a cada usuario que o solicite un certificado electrónico (artigo 5), co fin de que poida ser utilizado nas relacións coa xeneralidade das AA.PP. usuarias do sistema.

Para remata-lo paquete lexislativo sobre a incorporación das novas tecnoloxías na práctica administrativa, o profesor González-Varas mencionou o Real decreto-lei 14/1999, que parte do principio xeral de recoñecemento do mesmo valor xurídico á sinatura electrónica que á sinatura manuscrita, e ademais menciona que aquela é admisible como

proba en xuízo (artigo 3.1) sempre que o certificado recoñecido en que se basee a sinatura electrónica se expedira por un prestador de servicios de certificación acreditado e o dispositivo seguro de creación de sinatura co que esta se produza, se atope certificado (artigos 3.1 segundo párrafo e artigo 21).

En canto ás distintas accións levadas a cabo polo Estado para fomenta-las novas tecnoloxías no seo da Administración pública, o relator destacou as seguintes:

1. Iniciativa Info XXI, o plan de acción *e-Europe*: ámbolos dous pretenden potencia-la presenza da Administración pública en Internet, ofrecéndolles máis información e novos servicios ós cidadáns. Dentro do Plan *Info XXI*¹, enmárcase a iniciativa PISTA, co obxectivo de impulsa-lo desenvolvemento de aplicacións e posta en marcha de sistemas e servicios baseados en redes de telecomunicacións avanzadas e implantalos en sectores claves (sanidade, transporte, educación, bibliotecas, etc).

2. O portelo único: que pretende un acceso a tódolos servicios ofrecidos a través da rede por tódolos organismos da Administración Xeral do Estado.

3. Iniciativas a nivel departamental: que permiten a tramitación telemática dos seus propios procedementos, ademais de poñer en liña a súa información. Cítanse como exemplos: a Seguridade Social na Rede, declaración e pagamento de impostos, rexistro civil electrónico, así como do propio Ministerio de AA.PP.²

4. Programa REINA: informe anual circunscrito ó ámbito da Administración do Estado, que expón con cifras e gráficos os «investimentos e gastos informáticos» realizados tanto a nivel global como por departamentos.

5. Correo electrónico³.

6. Dixitalización: «Plan de acción *e-Europe* 2002: unha sociedade da información para todos» lanzada no Consello europeo de Lisboa e ten por obxectivo clave accelera-la implantación das tecnoloxías dixitais en toda Europa así como garantir que tódolos europeos sexan capaces ou estean en disposición de utilizalas.

7. Comercio electrónico: dictame do comité económico e social sobre o tema «Incidencia do comercio electrónico no mercado interior», onde se aposta por unha maior implantación do comercio electrónico dentro da UE.

¹ <http://www.infoxxi.net>.

² <http://www.map.es/csi>.

³ *Manual para o impulso do correo electrónico na Administración*. Madrid, 1998.

O profesor González Varas rematou a súa interesante intervención facendo unha referencia ó acceso da banda ancha. Dixo que dentro das novas tecnoloxías non pode esquecerse a banda ancha que permite poder navegar por Internet a gran velocidade, usa-lo teléfono simultaneamente, pagar unha tarifa única mensual e estar sempre conectado con Internet. A administración non debe quedar á marxe. Neste sentido, o Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía anunciou medidas para favorece-lo desenvolvemento de servizos de banda ancha. A nivel europeo están a punto de publicarse no DOCE as novas directivas marco e de acceso, que inclúen normas xerais sobre ADSL.

A sesión da tarde comezou coa intervención do profesor de dereito administrativo e urbanístico da Escola de Arquitectura da Universidade de La Laguna, **Ángel Lobo Rodrigo**, quen fixo unha extensa exposición sobre a ordenación do territorio e o urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicación.

O profesor Lobo afirmou que unha vez culminado o proceso de liberalización do sector das telecomunicacións coa Lei xeral de telecomunicacións, deixa de ter razón de ser o sistema de autorizacións mediante concesión administrativa existente con anterioridade, e pásase a outro baseado no outorgamento de autorizacións e licencias individuais⁴. Lembrou que o artigo 2 LXTel dispón que «as telecomunicacións son servizos de interese xeral que se prestan en réxime de competencia».

Afirma o relator que as administracións autonómica e local tamén xogan un importante papel no despregamento de redes de telecomunicacións (art. 7.3 parágrafo segundo da LXTel). O problema xorde cando a Comisión do Mercado das Telecomunicacións (CMT), realizando unha interpretación flexible da definición de redes de telecomunicacións, inclúe a obra civil como susceptible de ser sometida a licenza de operador de telecomunicacións. Polo tanto, os principais protagonistas do sector das telecomunicacións van se-los operadores de telecomunicacións que, non o esquezamos, son empresas privadas. O problema xorde cando se teñen que relacionar cunhas administracións públicas, a local e a autonómica, competentes para a planificación do seu territorio e a xestión do dominio local.

A resposta de cá debe se-lo papel que teñen que xoga-las administracións locais no despregamento de redes é sinxela, aínda que a súa aplicación sexa extremadamente complexa. Segundo o profesor Lobo, a administración debe axudar a remove-los obstáculos que impidan un despregamento ordenado das redes de telecomunicacións que redun-

⁴ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M., ARIÑO ORTIZ, R. e ZAGO, T.: *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*. Comares, 2001.

dará en beneficio da comunidade. Así, os instrumentos de planeamento territorial e urbanísticos, competencia exclusiva das administracións autonómicas e locais, poden servir de grande axuda para lograr unha implantación organizada e racional deste tipo de infraestructuras na cidade (ordenación urbanística) e naqueles lugares caracterizados pola ausencia de tecido urbano (ordenación territorial e dos recursos naturais).

Respecto á cuestión competencial, o profesor Lobo afirmou que é natural que o entrecruzamento entre unha competencia vertical, como é a estatal sobre telecomunicacións, cunha horizontal, como é a ordenación do territorio e o urbanismo, produza conflitos. A xurisprudencia máis recente (STS do 18 de xuño de 2001 (RX 8744)), indica que as administracións que teñen as competencias de ordenación territorial e urbanística regular inciden sobre o sector das telecomunicacións.

En canto á elección do instrumento de planeamento idóneo, dependerá do ámbito que se vaia ordenar; se falamos dun ámbito inframunicipal ou municipal acudirase ós denominados plans especiais ou ás ordenanzas municipais; se falamos do ámbito supramunicipal utilizaranse os plans territoriais especiais, que contemplarán a implantación de redes de telefonía móbil no solo rústico e a localización de emprazamentos diferentes.

O relator fixo unha mención especial do contido do artigo 44.3 da LXTel que esixe un informe do órgano competente do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía sobre as dotacións de redes de telecomunicacións que necesita o ámbito territorial ó que se refire o instrumento de planeamento, sinalando carencias, continxencias, así como unha serie de consellos de carácter técnico. O profesor Lobo afirmou que a teórica bondade do disposto na lei tórnase ficción á hora da súa posta en práctica, ó carecer, na actualidade, a Administración estatal dos recursos suficientes para a realización deste tipo de informes.

Por outra parte, a Administración titular do dominio (comunitaria, estatal, autonómica ou municipal) poderá impoñer unha serie de condicións derivadas de competencias como a xestión do dominio da que é titular, así como a ordenación dos recursos naturais, territoriais e urbanísticos.

Unha alternativa á saturación que sofre o subsolo ou ós custos derivados das expropiacións é o uso compartido de infraestructuras de telecomunicacións. A compartición ou colocalización de infraestructuras de telecomunicacións pode erixirse nun dos instrumentos máis idóneos para o uso máis racional do dominio público e evitar, desta forma, as molestias relacionadas coa continua apertura de gabias. A compartición de infraestructuras de telecomunicacións atópase regulada no artigo 47 da LXTel desenvolvido polos artigos 48 a 50 do RSU, que traspoñen o artigo 11 da directiva 97/33/CE.

En canto ás novas urbanizacións, o profesor Lobo tratou as cuestións da posibilidade de establecer un dimensionamento mínimo ou estándar das canalizacións que van albergar os cables de telecomunicacións; o papel do promotor urbanizador e do concello na realización deste tipo de infraestructuras.

Outros axentes que operan no demanio, como é o caso dos subministradores de auga, gas e electricidade, tenden as súas propias redes de telecomunicacións no réxime de autoprestación e explotan a súas canalizacións e galerías, ben arrendando fibra óptica sobranante, ou ben cedéndolles ós operadores de telecomunicacións ás súas infraestructuras a cambio dunha contraprestación económica. O artigo 15 da alínea 1º LXTel dispón que se requirirá licencia individual.

A cuestión fundamental no solo urbano, aínda que tamén se dá no solo urbanizable e non urbanizable, ten que ver coa implantación de redes de telecomunicacións en edificios, especialmente no relativo a infraestructuras de redes de telecomunicacións inalámbricas coma as antenas. Neste sentido, a proliferación de infraestructuras deste tipo levou a algúns concellos a regular, desde un punto de vista urbanístico, o despregamento de redes de telecomunicacións deste tipo. Foron as ordenanzas municipais as que asumiron este papel. Obrigan ós distintos operadores que prestan servizo na área a presentar ante o concello os plans futuros de implantación. En canto ás autorizacións necesarias, as ordenanzas decántanse de forma unánime pola necesidade de licencia de obra para a realización deste tipo de usos de solo. Con relación á limitación de potencia, enténdese que, dada a competencia exclusiva do Estado sobre as telecomunicacións, é o real decreto estatal a normativa que debe servir de base⁵.

O profesor Lobo rematou a súa intervención cunha breve referencia ó réxime sancionador nas ordenanzas. As infraccións e sancións deben estar previamente definidas nunha norma de rango legal, e non cabe unha interpretación restrictiva que impida que mediante un regulamento se poida establecer un réxime de infraccións e sancións, sempre que exista a suficiente cobertura legal. Neste caso, a ordenanza tería como función desenvolver e concreta-los tipos normativos que a lei previamente determinara, co límite de non poder tipificar infraccións nin sancións que previamente non están tipificadas.

A primeira intervención da mañá do día 29 correu a cargo de **Francisco Hernández González**, profesor titular de dereito administrativo e xefe do gabinete do rector da Universidade de La Laguna. O seu relatorio

⁵ Real decreto 1066/2001, do 28 de setembro, polo que se aproba o regulamento que establece condicións de protección do dominio público radioeléctrico, restriccións ás emisións radioeléctricas e medidas de protección sanitaria fronte a emisións radioeléctricas.

centrouse nas incidencias das novas tecnoloxías nos procedementos administrativos, cunha referencia á teleadministración e outras técnicas.

O relator afirmou que a plena implantación de Internet nas actuacións administrativas require importantes reformas legais. Se deixamos a un lado a necesidade de modificar certos preceptos da Lei 30/1992 para incorporar-la referencia ó uso de soportes informáticos, caso dos artigos 59 e 71.3, ou unha nova redacción dos dereitos dos cidadáns do artigo 35, da comparecencia dos cidadáns do artigo 40, da forma do acto do art. 45, etc., hai tres aspectos onde se require un maior desenvolvemento normativo:

1º. Falta unha regulación integrada dos documentos informáticos, que regule todo o relativo á conservación, transmisión, copia, xestión informática dos documentos, acceso, fluxo de documentos, arquivos, etc.

2º. Supera-lo carácter non vinculante da información. O problema fórmulase cando os contidos das páxinas *web* non están actualizados e inducen ós cidadáns a erros: será determinante de responsabilidade polo anormal funcionamento dos servizos públicos (art. 139 LPAO).

O marco normativo para o desenvolvemento das novas tecnoloxías na esfera da actuación administrativa está servido. A pesar de todo, a implantación nos procedementos administrativos é aínda meramente testemuñal. A verdadeira operatividade da informática e de Internet radica en facilitar información sobre a normativa vixente, os órganos competentes ou trámites procedementais que se van seguir, chegando en moi poucos casos a facilita-la presentación das solicitudes por Internet (principalmente nos procedementos iniciados de oficio, tales como contratacións de persoal). O atraso é máis patente, aínda, se falamos dos concellos.

En canto á teleadministración, o profesor Hernández González afirmou que ó amparo de Internet desenvolvéronse unha serie de ferramentas e sistemas que permiten acceder a diferentes servizos cuns mínimos coñecementos informáticos. Entre os máis coñecidos destacan o *www* (*World Wide Web*) (para o acceso transparente a servizos de información e bases de datos (*http*), o correo electrónico (*smtp*), a transferencia de ficheiros (*ftp*), etc.

Os gobernos tomaron definitiva conciencia da importancia da translación dos avances informáticos e telemáticos ó funcionamento das administracións públicas. Disto dá boa conta, tanto a iniciativa «*e-Europe*» da Comisión Europea (decembro 1999), como en España o proxecto «*Info XXI*» elaborado pola Comisión interministerial da sociedade da información e das novas tecnoloxías (1999) e, máis recentemente, o *Libro branco para a mellora dos servizos públicos* (febreiro 2000), que recolle a política governamental cara á informatización das administracións públicas.

O relator apuntou algúns dos beneficios que reporta Internet no funcionamento diario das AA.PP: 1) mellora os sistemas de comunicación recíproca cos cidadáns (carácter bidireccional); 2) mellora a calidade das

decisións a través da maior participación dos cidadáns na toma de decisións; 3) integra os diferentes sistemas de información e de xestión das AA.PP (acceso libre á información, envío de impresos e documentos administrativos, estado da tramitación); 4) intercambio sistemático de información entre AA.PP; 5) axilización e simplificación procedemental (portelo único).

Entre as accións da AXE (Administración Xeral do Estado) para os próximos anos destacou as seguintes: 1) creación dunha Intranet administrativa (reducindo custos e tempo de tramitación); creación dunha Rede multiservicio da administración en Internet (que soporte voz, datos e imaxes); 3) creación dun portelo único de acceso á Administración (4) elaboración dunha Guía de procedementos, prestacións e servicios de Internet; 5) instalación de puntos de atención ó cidadán (de xestión automática e acceso doado); 6) xeneralización do uso da sinatura electrónica e os sistemas de seguridade.

Todo isto redundará, segundo dixo o profesor Hernández, nunha mellora da calidade do servizo que prestan as AA.PP., xa que permitirá conseguir información en tempo real, mellora-la participación cidadá e o achegamento da Administración xunto cunha maior transparencia e menores custos. Ademais significará a automatización e racionalización dos procedementos e facilitará o acceso a eles, a utilización indistinta dos rexistros administrativos e potenciará o intercambio de información entre AA.PP.; neste sentido puxo como exemplo o «Sistema de xestión dos procedementos administrativos» (SXPA) desenvolvido pola Xunta de Galicia con grande éxito.

Agora ben, o relator puxo como garantía destas vantaxes unha serie de condicións técnicas:

- 1) O acceso á rede do maior número de usuarios tratando de evita-la *fenda tecnolóxica* entre cidadáns conectados e non conectados.
- 2) Acceso rápido.
- 3) Acceso seguro.

O relator rematou a súa gráfica e interesante exposición alertando dos riscos que trae consigo unha dependencia tecnolóxica. Fixo especial fincapé en dous: a deshumanización dos servizos administrativos e unha nova alienación do traballo. Sabemos que hai que facer en caso de ausencia, vacante ou enfermidade do titular do órgano, pero non sabemos que facer se cae o sistema informático. Ou é que si o sabemos: tentar arranxalo o antes posible.

As xornadas remataron cunha mesa-coloquio na que participaron Vicente Fenellós Puigcerver, avogado do Estado, e Álvaro M. Rodríguez Carballo, director xeral de organización e sistemas informáticos da Consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pú-

blica. Ámbolos dous relataron algunhas experiencias nas comunidades valenciana e galega.

Polo que se refire á Comunidade valenciana, Fenellós apuntou que xa hai quince anos que existe a Oficina valenciana da sociedade da información que, baixo a forma de fundación, traballa desde hai un lustro. Froito do traballo desta oficina aprobouse o «Plan moderniza.com», esgotado xa na súa primeira fase, e que comeza o segundo ciclo 2000-2003. Plan ambicioso que abrangue multitude de aspectos e que vén cumprir esa necesidade social de potencia-lo que hoxe denominamos a sociedade da información.

Nesta segunda parte do plan son prioritarios aspectos tales como a transmisión de documentos xudiciais, a matriculación telemática, a comunicación electrónica cos profesores, a petición de cita previa, aspectos sanitarios e farmacéuticos, tramitación de solicitudes de emprego, relación cos servizos sociais, etc. Existe un proxecto específico para as administracións locais e para os avances tecnolóxicos.

O relator fixo unha relación breve e pouco detallada, xa que a Comunidade valenciana está implicada na posta en marcha de 170 proxectos relacionados coas novas tecnoloxías. Son moi heteroxéneos e abranguen ámbitos competenciais mesmo territoriais. Algúns deles son continuación do I Plan, polo tanto van moito máis avanzados, e os outros son froito da realidade social.

En primeiro lugar atopamos un plan denominado *Participa*, que facilita a relación de consultas administración-cidadáns sobre temas de interese xeral. O proxecto *Multirrelación*, que crea un mecanismo de acreditación do cidadán para tódalas xestións que teña que realizar coa Administración (este vai ligado á sinatura electrónica).

No eido da xustiza existe un proxecto que funciona plenamente e con moita eficacia, é *Legalnet* que crea a infraestrutura para axilizar e normaliza-la tramitación dos órganos xudiciais. Relacionado con este atopamos o plan *Cicerone*, aplicación modular instalada en tódolos xulgados da Comunidade valenciana e que interrelaciona os diferentes trámites xudiciais. Asociado a estes existe o *Legalpacs*, plan que trata de dotar de infraestructuras necesarias os xulgados de paz dos concellos de máis de 7000 habitantes.

Noutro ámbito está un dos plans pioneiros, o plan *Infoville*, encamiñado á Administración local. O programa *Infocole*, para estende-la sociedade da información no contorno educativo, non só para os alumnos, tamén para os profesores.

No eido rural, o plan *Disemina*, enfocado a aldeas e núcleos rurais con dificultades no acceso ou nas infraestructuras. No sector do ocio existe *Musicanet*, *Cinenet* (creación dun centro dinámico virtual no audiovisual valenciano).

Dentro das materias da idiosincrasia económica ou sectores empresariais desenvolvidos destacan *Agrinet* (sector hortifrotícola), *Servef* (servicio valenciano de emprego e formación).

Existe tamén o *Prop* (plan de racionalización de oficinas públicas) ou «portelo único», que evita o desprazamento físico, que tramita os procedementos elevados da Administración central. O plan *Civis* crea unha guía de información oficial sobre tódolos funcionarios, tódalas autoridades, sedes, teléfonos, *e-mails*, etc.

Por último, o relator destacou dous relacionados coa sanidade, o proxecto *Gaia*, que crea un sistema central de información de prestación farmacéutica conectado ós centros de saúde, e máis adiante ás farmacias, coa intención de controla-lo gasto farmacéutico. Dentro da rama sanitaria inclúese o *Infomed teleradioloxía*, servizo de teleradioloxía, que desenvolve un sistema dixital de almacenamento e transmisión de imaxes médicas que se implanta en tódolos hospitais da Comunidade valenciana.

O segundo relator, Rodríguez Carballo, fixo unha introducción referíndose á Administración electrónica que vén sendo basicamente Internet, que é unha nova ferramenta de comunicación cunha serie de características como son a independencia, capacidade de crecemento absoluta, emprega estándares comúns, descentralizada e utiliza unha linguaxe sinxela.

Alertou sobre os riscos tales como a seguridade nas transaccións e a fenda dixital como resultado das deficiencias de infraestructuras e os prezos ofrecidos ós usuarios. Isto último explica as baixas cifras de usuarios de Internet na Comunidade galega.

O relator explicou as características do Sistema de xestión de procedementos administrativos (SXPA), a racionalización dos procedementos, a creación dunha base de datos única, etc. que axudou a levar a cabo a transformación da administración. As barreiras son menores no caso de Galicia xa que a racionalización xa comezou nos anos noventa, o que permitiu crear unha sólida base de información entre cidadáns e órganos administrativos en xeral.

O desenvolvemento lexislativo vai máis lento do que o fai a Administración electrónica ou Internet. Por iso, sinalou o relator, tódalas leis que saíron son moi recentes, pero é optimista respecto da adecuación do marco normativo ó marco tecnolóxico.


O responsable de sistemas informáticos da Xunta de Galicia afirmou a boa integración entre concellos e deputacións (convenios asinados en 230 concellos) no tema do *Eido Local*, que non é máis cá tramitación electrónica de documentación entre concellos e a Xunta de Galicia. Destacou os máis de 2500 postos informáticos de información corporativa.

En canto ó marco legal, a Administración galega baséase no Real decreto 14/1999, do 17 de setembro, sobre sinatura electrónica, e logo nas normas que dictou a propia Xunta de Galicia coma a Orde conxunta de

Xustiza e Presidencia para poder levar a cabo a tramitación electrónica do *Eido Local*. Avanzou o proxecto de rexistro electrónico e a súa plasmación legal nos próximos meses, así como o convenio coa Fábrica da Moeda e Timbre como entidade certificadora electrónica.

En canto ó presente, o relator afirmou que se está a traballar en dúas liñas importantes. En primeiro lugar, a eliminación de barreiras para non perde-lo tren das novas tecnoloxías. En segundo lugar, no desenvolvemento de tramitacións electrónicas e na Administración electrónica. Un dos proxectos en marcha é o de *personalidade administrativa dixital* e o da tramitación electrónica a través deste sistema. A personalidade administrativa dixital pretende darlle resposta á Lei 30/1992, evitándolle ó cidadán que presente novamente calquera documento que xa lle presentara á administración.

Destacou o *registro de contratistas*, que permite a licitación electrónica de contratos coa administración de 1200 empresas rexistradas.

O obxectivo final, en palabras do relator, é mellora-lo nivel de vida dos cidadáns, facéndolles máis doada a relación coa administración seguindo o ronsel da sociedade da información. 

XORNADAS SOBRE A REFORMA DO DESEMPREGO

A Coruña, 24 e 25 de febreiro de 2003

Xosé Antón Barreiro Pereira

Avogado

«Más allá del trozo de pan que debe alimentar a él y a su familia, más allá de la botella de vino que por un momento debe privarle de la conciencia de sus pesares, el obrero no pretende nada, no espera nada. Si queréis saber cómo habita, id por ejemplo, a la calle de los Estiércoles, que está casi exclusivamente ocupada por esta clase; entrad agachando la cabeza, en una de esas cloacas abiertas a la calle y situadas por debajo de su nivel (...).

Los hijos de esta clase, hasta el día en que ellos pueden mediante un trabajo penoso y embrutecedor aumentar en unos ochavos la riqueza de sus familias, pasan su vida en el lodo de los arroyos. Da pena verlos, pálidos, entumecidos, marchitos, con sus ojos rojos y legañosos; como de otra naturaleza, al lado de esos niños hermosos, tan rosados, tan esbeltos, que jueguean por el Paseo de Enrique IV. Es que se ha hecho una depuración: los frutos más vivaces se han desarrollado; pero muchos han caído bajo el árbol. Al llegar a los veinte años, o es vigoroso o ha muerto. De hecho, a los miembros de esta clase no sobreviven de promedio más que la cuarta parte de sus hijos.»

(A. Guépin: *Nantes au XIX siècle* [Sébire 1825], páxs 484-488).

1. Introducción¹

O artigo 41 da Constitución española establece que os poderes públicos deberán garantir un réxime público de prestacións sociais, especialmente no caso de desemprego. Pola súa estratexia europea do emprego, establecida no título sobre emprego do tratado da Comunidade Europea e nas directrices de emprego que anualmente aproba o cume de xefes do Estado e do Goberno, veñen xa dende o inicio do Proceso de Luxemburgo insistindo en que os países da Unión Europea deben organiza-la protección por desemprego de maneira que, xunto coas prestacións económicas necesarias para afrontar as situacións de paro, os poderes públicos dean oportunidades de formación e emprego que posibiliten que os desempregados poidan atopar un traballo no menor tempo posible. Aínda que este principio está implícito na normativa actual española, faltan mecanismos explícitos para poñelo en marcha. Este mesmo principio, que constitúe un eixe de referencia na protección fronte ó desemprego, foi referendado recentemente nas conclusións do Consello Europeo de Barcelona.

2. Apertura das xornadas

As xornadas desenvolvéronse no salón de actos da Delegación provincial da Consellería de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública na Coruña, e a súa apertura correspondeulle ó catedrático de dereito civil e director da EGAP don **Domingo Bello Janeiro**, que despois de agradecerlle ós presentes o interese mostrado na realización destas xornadas e a gratitude a tódolos relatores que interviñeron, manifestou que os obxectivos destas xornadas eran os seguintes:

- i) O coñecemento e debate das principais orientacións de reforma da derradeira modificación da protección por desemprego.
- ii) A análise das súas incidencias no contrato de traballo: salarios de tramitación, pagamento das vacacións, encadeamento de contratos temporais, etc.
- iii) O estudio das orientacións das políticas de emprego en relación coa cobertura do desemprego.

¹ Esta crónica ofrece algunha reflexión de alcance xeral sobre a norma en cuestión, procurando que impere a brevidade e claridade por riba da exhaustividade, ó tempo que se examinan as principais consecuencias que achegan as innovacións por ela introducidas. Están escritas coa tranquilidade que proporciona saber que hai outros estudos monográficos sobre todas e cada unha das prescricións normativas, así como o ánimo de chegar elementos para a comprensión ou discusión sobre os diversos temas.

iv) A descrición dos colectivos máis afectados pola reforma: eventuais agrarios, fixos periódicos, traballadores migrantes e beneficiarios de subsidios asistenciais.

v) Interpretación do contido dos conceptos de oferta de emprego e de compromiso de actividade.

Así mesmo, comunicounos o óbito² de don Manuel Alonso Olea³.

3. Os relatores e o seu tema⁴

1. Principais liñas de reforma da protección por desemprego.

D. Jaime Cabeza Pereiro⁵

Tal e como indica o título do relatorio dado por don Jaime Cabeza Pereiro, este tratou de amosar-nos as principais liñas da reforma laboral do 2002, que segundo o autor se produciron en dúas fases sucesivas, de modo que poden establecerse múltiples diferencias entre o texto do Real decreto-lei 5/1992 e o da Lei 45/2002. Deste xeito, o autor limitouse a enunciar xenericamente as grandes liñas da reforma⁶:

i) *Abandono do control no acceso á prestación contributiva*

Probablemente (segundo don Jaime) sexa este o risco da reforma con máis consecuencias a curto prazo, simbolizado no acceso á protección do desemprego sen que requira impugna-lo despido de que foi obxecto o traballador. Con toda seguridade, a intención de dotar dunha regulación moi diferente os salarios de tramitación foi o elemento desencadente desta opción legislativa, pero non poden descartarse outros dous:

a) O primeiro, a xurisprudencia do TS, que abriu unha brecha importante, en pronunciamentos tales como un de 1995, que estableceu que

² Debido ó pasamento de don Manuel Alonso Olea, nin don José Luis Tortuero Plaza nin dona María José Feijóo Rey expuxeron o seu relatorio, esta última substituída por don Jaime Cabeza Pereiro. Aínda así, obra en poder da EGAP a documentación dos relatorios deste autores.

³ Catedrático de dereito do traballo e da seguridade social da Universidade Complutense. Profesor emérito. Profesor de dereito do traballo e a seguridade social do Colexio Universitario San Pablo CEU. Autor de numerosas monografía e publicacións especializadas.

⁴ Nesta alínea aparecen redactadas as notas que fun tomando, no curso destas xornadas e das intervencións de cada un dos conferenciantes, polo que para un estudo máis detallado e pormenorizado remítome á lectura dos distintos relatorios que foron entregados no desenvolvemento das xornadas e que obran en poder da EGAP.

⁵ Catedrático de dereito do traballo da Universidade de Vigo.

⁶ Vid. J. CABEZA PEREIRO: «Principais liñas de reforma da protección por desemprego», REGAP n.º 33, notas e comentarios, páx. 145.

en ningún caso o traballador tiña que impugna-lo cese dun contrato temporal, por groseira que fose a fraude de lei, para xerarse a situación legal de desemprego. Outro pronunciamento de 2000 que estableceu unha doutrina equiparable para o despido obxectivo ou os propios vaivéns da doutrina xudicial que sufriu a esixibilidade regulamentaria da indemnización de trinta e cinco días en fase preprocesual no caso de despido disciplinario improcedente.

b) O segundo, é a admisión dunha lóxica menos interesada na causa de desemprego e máis centrada no seu tratamento, manifestada en aspectos coma o compromiso de actividade ou a administrativización do concepto de oferta de emprego adecuada. Sexa como for, diferénciase entre despido procedente e improcedente, ó soterrarse a técnica do período de espera alí onde naceu e mostrárase como un elemento particularmente eficaz⁷.

Na linguaxe legislativa, esta renuncia ó exercicio do control caracterizouse como «adiantamento na percepción da prestación por desemprego», no caso de que a percíbise xa a partir da data de efectos do despido, sen prexuízo de que tiveran que arbitrar complexos mecanismos de devolución e compensación das cantidades indebidamente recibidas (regulados, sobre todo, no artigo 209.5 da Lei xeral da Seguridade Social –a partir de agora LXSS–) nos casos nos que, *a posteriori*, o traballador perciba durante os mesmos períodos salarios de tramitación.

Dende a perspectiva da nova regulación dos salarios de tramitación, como estes poden non existir nos casos nos que o empresario recoñeza inmediatamente despois do despido a súa improcedencia, ou cando o despido mereza a cualificación de procedente, sen o sometemento do desempregado ó anterior período de espera, o treito entre percepcións salariais e prestacións por desemprego mantense, pero anticipando esta ó debilitarse aquelas.

Por suposto, esta anticipación da prestación esixiu, á vez, modificar outras regras, como é o acceso ó desemprego por denuncia do período de proba, que posúe unha regulación anterior, como xa se descubriu anteriormente, que atopaba a súa explicación precisamente no control da fraude.

Non faltaron autores que, con grande lóxica, preconizaron que o máis axeitado sería derrogar toda a armazón normativa relativa á situación legal de desemprego para admitir que tamén a denuncia voluntaria do contrato por parte do traballador pode servir de canle de acceso á prestación.

⁷ Así o puxera de manifesto TORTUERO PLAZA, J. L., «Supuestos legales de desempleo protegidos en el ordenamiento español: una valoración crítica», RL, 1994-II, pp. 104 ss.

En contraste con esta flexibilización no acceso, artículase unha modalidade procesual nova, a do artigo 145 bis, para controlar, por parte da entidade xestora das prestacións por desemprego, o encadeamento de contratos, nos casos en que se poida estimar fraudulento, coas seguintes consecuencias en materia de prestacións por desemprego. Chama a atención, polo contraste que supón coa regra xeral anteriormente exposta e por toda a vocación xeral que ten a reforma de non prestar demasiada atención ó control no acceso á prestación. Acaso haxa que encontra-la explicación, sen dúbida insuficiente, no gasto comparativamente moi alto que leva consigo o fenómeno da excesiva rotación na man de obra. Á marxe das numerosas preguntas de índole procesual e substantiva que suscita este novo precepto procesual.

E outro tanto pode dicirse da cuestión relativa ás vacacións non aproveitadas no momento de extinción do contrato. Detectase unha intención de demora no acceso á prestación que non garda excesiva correspondencia con medidas tales como a supresión do período de espera nos despedimentos procedentes.

Polo demais, e dado que os salarios de tramitación, con tódalas peculiaridades que se queira, foron parcialmente restituídos coa Lei 45/2002, do 12 de decembro, resulta enormemente perturbador o réxime de acceso á prestación contributiva no caso de despido. Máis fácil sería aplicar sen máis a doutrina relativa á diferencia temporal entre a configuración da situación legal e a súa acreditación, que con tanto acerto se configurou en situacións tales coma a impugnación infrutuosa no cese dun contrato temporal.

E debe recordar, unha vez máis, os moi arduos problemas que presentara en momentos tales como a execución provisional de sentencias de despido ó abeiro do novo réxime legal. As modificacións que, directa ou indirectamente, lle afectan ó artigo 295 de la LPL son moitas máis das que a primeira vista poidan imaxinarse.

ii) Distinción de réximes xurídicos na atención ó tempo en que se configura a situación legal e o incremento da inseguridade xurídica

A reforma en varias fases da regulación de desemprego conseguiu xerar un grao de inseguridade xurídica practicamente sen precedentes no noso ordenamento. Pénsese, por exemplo, na regulación dos salarios de tramitación ou tamén na dos eventuais do campo de Extremadura e Andalucía. Pero, por destacar agora un tema especialmente complexo, podería facerse referencia ó desemprego dos traballadores fixos-periódicos, tendencia que veu detectándose en non poucos convenios colectivos, coma nos relativos ós transportes por estrada.

iii) *Certos trocos na protección asistencial sen un rumbo determinado*

Non pretendo facer agora referencia (palabras do autor) ás manobras de cambio e marcha atrás producidas nalgúns aspectos do subsidio por desemprego. Entre outras, podería aludirse ó moi polémico tema do cómputo, entre as rendas do solicitante, as indemnizacións derivadas do despido, que tan en perigo puxeran a certos desempregados perceptores de subsidios, como eran os procedentes de acordos en fases de consultas de expedientes de regulación de emprego que percibían a indemnización diferida en pagamentos mensuais. Sen prexuízo de todo isto, si que poden destacarse algúns cambios interesantes que melloran ou empeoran a acción protectora no nivel asistencial. En particular, os dous seguintes:

1. A posibilidade de que dentro do prazo dun ano, dende a data do feito causante, se acredite que se cumpren os requisitos de carencia de rendas ou, no seu caso, de existencia de responsabilidades familiares. Con isto, evítase a perda definitiva do subsidio para o beneficiario que deixe de reunir todos e cada un dos requisitos para ser beneficiario da acción protectora, ó menos que volva atoparse nalgunha das situacións previstas no artigo 215 LXSS.

2. Nun sentido inverso, estreitouse considerablemente o ámbito de beneficiarios do subsidio do emigrante retornado, ó excluí-los países do espacio económico europeo e a todos aqueles nos que exista convenio bilateral que inclúa a cobertura de desemprego, feito que dificulta –máis ben imposibilita– o acceso ó subsidio para maiores de cincuenta e dous anos dos emigrantes retornados destes Estados, ó menos que realicen un traballo efectivo con cotizacións efectivas en España despois do dito retorno.

Pero ademais destas reformas de orientacións encontradas, o certo é que tampouco se abordaron temas cruciais, como é o dobre cómputo das rendas, primeiro a nivel individual e logo a nivel da unidade familiar, o cal veu producir, coa aquiescencia do Tribunal Supremo, situacións xurídicas inxustas ata o discriminatorio; xunto a beneficiarios que obtiñan o subsidio porque as súas rendas individuais non superaban o limiar protexible e tampouco o superaban as rendas familiares, a outros desempregados denegábaselle-la protección, aínda que as rendas familiares eran moi inferiores, pola sinxela razón de que, a nivel individual, os seus ingresos si superaban o setenta e cinco por cento do salario mínimo interprofesional, excluída a parte proporcional de dúas pagas extras.

Xa para rematar esta alínea, tampouco se solucionou na medida do necesario a colación de certas rendas non materializadas que contaron cunha toma en consideración que foi abondo polémica; por exemplo, o problema das pensións compensatorias a favor dos fillos, que integran as rendas da unidade familiar sen que en moitas ocasións sexan aboadas realmente por parte do excónxuxe separado.

iv) *Unha maior preocupación pola recolocación do desempregado*

Pode que esta sexa a orientación máis nítida na reforma⁸. Neste senso, a modificación tan ampla e tan discutida de que foi obxecto o concepto de colocación adecuada pode ser moi ilustrativa. Non polos seus efectos concretos senón pola propia atención que se lle prestou.

O precepto, tal e como quedou despois da Lei 45/2002, resulta moi discutible, non tanto pola súa excesiva dimensión e casuísmo, que pretende cubrir unha pléiade de situacións que probablemente fora mellor confiar na súa apreciación á doutrina xudicial, como pola administrativización do concepto de emprego adecuado, que queda confiado ó servizo público de emprego. Parece que se lles presta demasiada atención ás circunstancias que rodean o traballo que se lle ofreceu ó desempregado e demasiada pouca a outras cuestións máis substantivas, como poden se-la propia profesionalidade do desempregado. Díxose en diversas ocasións que resulta restrictivo o propio tratamento que a cuestión recibe no ordenamento xurídico español, máis a partir do concepto de emprego adecuado que do dereito do traballador a rexeitar un emprego inconveniente, que foi a perspectiva seguida pola normativa internacional e moi en especial polo Convenio nº 44 da OIT⁹.

Á marxe de todo isto, o que subxace á reforma do concepto, por certo agora mellor emprazado no artigo 231 LXSS, é un interese por aquilata-lo ámbito das ofertas que necesariamente ten que atender un receptor dunha prestación ou dun subsidio por desemprego. O novo concepto está aberto a un bo número de críticas. Entre outras (nesta cuestión tampouco o concepto precedente merecía valoración), pode sinalarse que non se distingue entre beneficiario dunha prestación contributiva e dun subsidio asistencial, como debería facerse con toda probabilidade para concibi-lo concepto «oferta de emprego adecuada» en termos máis flexibles cando se trata da cobertura do nivel asistencial coa finalidade de que o desempregado estivese obrigado a aceptar ofertas dun espectro máis amplo.

Polo contrario, no nivel contributivo, o concepto de profesionalidade debe desempeñar un papel máis protagonista, de modo que o dereito de rexeitamento debería proxectarse alí onde se produce un prexuízo evidente da formación e da traxectoria profesional do parado. Non en van unha das finalidades da prestación da Seguridade Social por paro for-

⁸ Como afirmou RODRÍGUEZ-PIÑEIRO E BRAVO-FERRER, M., «La nueva dimensión de la protección por desempleo», RL, nº 13, 2002, p. 7, «la búsqueda y aceptación de ese empleo lo eleva a elemento de la propia contingencia».

⁹ Neste senso, vg., LUJÁN ALCARAZ, J., «La noción de “colocación adecuada” ante la reforma de la protección por desempleo» AS, nº 5, 2002.

zoso consiste en mante-lo traballador nos seus dereitos profesionais. Finalidade á que, dito sexa de paso, a reforma non parece ser demasiado sensible.

A reforma está interesada máis na inserción do desempregado que na calidade do emprego que vaia encontrar. Só así pode entenderse a deslegalización ou incluso a desnormativización que se produce nos casos nos que o desempregado leva máis dun ano percibindo prestacións. Ou que o artigo 231.2 se preocupe máis das circunstancias do concepto de emprego adecuado (distancia, parcialidade, temporalidade, conciliación de vida familiar e laboral) que da súa propia definición, sobre a que non se achega practicamente ningún trazo novidoso que non estivera contemplado na anterior versión do artigo 213 LXSS¹⁰.

Tamén na liña de contribuír á pronta recolocación do desempregado, debe tomarse en consideración a reiterada referencia legal a este instrumento novidoso que é o compromiso de actividade, unha especie de contrato entre o servizo público e o demandante de emprego beneficiario dunha prestación ou dun subsidio. Da súa definición no artigo 231.2 («o que adquire o solicitante ou beneficiario das prestacións de buscar activamente emprego, aceptar unha colocación adecuada e participar en accións específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión ou inserción profesional para incrementa-la súa ocupabilidade, así como de cumprir-las restantes obrigacións previstas neste artigo») non se extraen demasiadas consecuencias concretas, máis alá da esixibilidade da súa sinatura.

Non parece que o lexislador español quixera chegar ata límites moito máis ambiciosos dos que teñen documentos homólogos a este noutros ordenamentos de Estado do noso contorno, nos que, *verbi gratia*, o compromiso é individualizado e verificado cunha periodicidade intensa e o desempregado ten unha conducta de emprego activa cada semana. Quizais a estes obxectivos máis modestos conducira a escasa dotación material e humana dos servizos públicos de emprego, ou acaso tamén o desexo de non producir subitamente un cambio de modelo demasiado radical. Calquera que sexa a explicación, o certo é que a introducción do compromiso de actividade supón un paso máis na tendencia que alguén denominou como de «política de contractualización das prestacións sociais».

Isto non foi óbice para flexibilizar certas esixencias. De acordo co inciso segundo do artigo 231.1 i), «sen prexuízo da obrigación de acreditar a busca activa de emprego, a participación nas accións de mellora da

¹⁰ Poden destacarse, como mínimas achegas, as de considerar adecuada a profesión demandada polo traballador e a de vincula-lo concepto de profesión habitual ó seu desenvolvemento durante ó menos tres meses.

ocupabilidade será voluntaria para os perceptores das prestacións contributivas durante os cen primeiros días de percepción, e a non participación nestas non implicará efectos sancionadores». Do cal, ademais de destacar que limitase a protección no nivel contributivo, cabe comentar que correspondese con outros ordenamentos que tamén prevén homologables períodos «de espera» durante os cales as esixencias cara ós desempregados beneficiarios da acción protectora da Seguridade Social son menos rigorosas.

Finalmente, pode citarse certa normativa relativa á suspensión e extinción das prestacións en relación co desenvolvemento dun traballo como autónomo, nunha corrente máis favorable á iniciación deste tipo de actividades que xa foi postulada polo Tribunal Supremo en sentencias de hai algúns anos¹¹. A idea consiste en tratar con maior consideración ó desempregado que inicia unha actividade por conta propia, por definición incompatible coa prestación ou co subsidio aínda que por conta allea, que só xera suspensión da prestación durante doce meses, o traballo como autónomo estende a situación suspensiva ata vintecatro meses exclusive.

v) *Outros tópicos*

Non poden esquecerse outras cuestións centrais da reforma do desemprego. Polo que ó ámbito das prestacións se refire, podería facerse referencia ó subsidio dos traballadores eventuais do campo, que se estende, nun novo réxime moito máis esixente, a todo o territorio do Estado. Isto en prexuízo do vello réxime previsto para os eventuais de Andalucía e Estremadura, que agora queren reconducirse a través da renda activa de reinserción, aínda que nunha normativa que ten visos de reformarse proximamente a pouco que cristalicen as declaracións de intencións e acordos entre o Goberno e os sindicatos. Ademais, habería que facer referencia ó tema da renda activa de reinserción, especialmente perfeccionada na Lei 45/2002, do 12 de decembro.

Xa para rematar, dicir que se se analiza a cobertura do desemprego con certa perspectiva, a tendencia do recorte é moi evidente. A calidade e a intensidade da protección era moito maior hai once anos, cando por última vez o lexislador se cuestionou a tarefa de enfocar unha reforma de amplo calado. E o máis lamentable, segundo o relator, Jaime Cabeza Peireiro, é que os sucesivos recortes cos que os desempregados se foron encontrando cada un de xaneiro foron silenciados dentro dunha batería de modificacións de gran complexidade técnica. Estes si, supuxeron un retroceso que ninguén ou case ninguén dos seus precursores se dignaron

¹¹ Vg., STS do 24 de marzo de 1998 (rec. N° 2975/1997).

en explicar, por máis que explicables, ou incluso loables, puideran se-las súas intencións.

2. As novidades no ámbito da prestación contributiva.

D. José Luis Tortuero Plaza¹²

A Lei 45/2002, do 12 de decembro, de medidas urxentes para a reforma do sistema de protección por desemprego e mellora da ocupabilidade, procedente do Real decreto lei 5/2002, do 24 de maio, incorporou as seguintes reformas no nivel contributivo da protección por desemprego:

- Requisitos para o nacemento do dereito ás prestacións (artigo 207.c).
- Situación legal de desemprego (artigo 208.1.c e g, 208.1.4, 208.2.2 e 208.4).
- Solicitude e nacemento do dereito (artigo 209.1 e 3, engádense as alíneas 4, 5 e 6).
- Duración da prestación (engádense unha alínea 4 ó artigo 210).
- Suspensión do dereito (artigo 212.1^a, d e e, 221.2.3.b).
- Extinción do dereito (artigo 213.1.b e c, 213.2).
- Acreditación das situacións legais de desemprego (L. 45/2002, Disp. trans. 2).

As reformas iniciadas deben poñerse en relación coas incorporadas, pola propia Lei 45/2002, ó Estatuto dos traballadores, á Lei de procedemento laboral e á Lei de infraccións e sancións da orde social¹³. Todas elas teñen unha conexión directa ou indirecta, de forma que o alcance da reforma tan só é comprensible dende unha óptica global.

No conxunto das reformas operadas sobre o artigo 208, situacións legais de desemprego, sen ningunha dúbida a de maior calado é a referida ó despido. O despido como causa legal de desemprego, tivo unha evolución con connotacións conceptuais. En efecto, con anterioridade á Lei de

¹² Profesor titular de dereito do traballo da Universidade Complutense de Madrid.

¹³ Unha análise completa da reforma pode verse no número 67, 2003 (monográfico) da *Revista Documentación Laboral*. A valoración xeral da reforma efectuada por A. SEMPERE NAVARRO, na presentación do referido núm. monográfico. Unha análise do RDL precedente pode verse nos seguintes traballos: A. SEMPERE NAVARRO, *La reforma del despido y el desempleo mediante RDL 5/2002, de 24 de mayo*, en *Actualidad Jurídica*, núm. 536/2002: AAVV (Dir. E COOF. A. SEMPERE NAVARRO e M. CARDENAL CARRO). *La reforma del despido y del desempleo (Análisis del Real Decreto Ley 5/2002)*, Murcia, edit. Laborum, 2002; tamén en, AAVV, *Comentarios de urgencia del sistema por desempleo*. Valladolid, edit. Lex Nova, 2002.

prestacións por desemprego (Lei 31/1984, do 2 de agosto, LPD) os conceptos de imputabilidade e involuntariedade na perda do emprego entremesturábanse provocando a expulsión da protección de quen eran despedidos procedentemente.

A partir da LPD, os conceptos referidos disócianse relativamente, permitindo co despido procedentemente acceder á protección de espera de tres meses. Finalmente, a tendencia conceptual finaliza coa Lei 45/2002, que permite o acceso á protección¹⁴ e, polo tanto, a configuración do despido sen cualificativos nin restricións como situación legal de desemprego¹⁵.

As valoracións anteriores referidas ó impacto conceptual da Lei 45/2002, son de carácter doutrinal. Dito doutra forma. Lamentablemente non estamos en presenza dun novo enfoque lexislativo. Polo contrario, a reforma da protección por desemprego nos supostos de despido é unha consecuencia derivada da reforma do Estatuto dos traballadores e da Lei de procedemento laboral en materia de salarios de tramitación.

En efecto, non se podían suprimir ou minora-los chamados salarios de tramitación sen reforma-lo desemprego. A este respecto, a solución foi trasladada-lo nacemento do dereito á protección ó momento en que se produce a decisión do empresario de extingui-la relación laboral, isto é, a decisión extintiva entenderase por si e sen necesidade de impugnación, como situación legal de desemprego.

Búscase, polo tanto, unha inmediatez entre o despido e o nacemento da protección, de forma que a prestación por desemprego asuma o espazo sobre o que tradicionalmente actuaron os salarios de tramitación. Consecuencia obrigada da referida inmediatez, é a supresión das distintas consecuencias que en materia de protección por desemprego, provocaba a cualificación do despido.

Certo é que a reforma provocou, como efecto non buscado directamente, o fin dos efectos colaterais da imputabilidade, con todo, tamén o é, co criterio da involuntariedade, e na perda do emprego quedou indemne, aínda que a aparencia poida ser outra. En efecto, suprimiuse a esixencia de impugnación do acto extintivo do empresario (o vello artigo 208.2.2), pero esta cuestión non debe equivocarnos¹⁶.

¹⁴ Estas observacións destacámolas en M. ALONSO OLEA e J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 18ª edic. Civitas, páx. 225, nota 110.

¹⁵ J. LUJÁN ALCARAZ, en AA.VV., *La reforma del despido y del desempleo (Análisis del Real Decreto Ley 5/2002)*,... op. cit. páx. 129.

¹⁶ Con criterios dubitativos refírense a esta materia, M. RODRÍGUEZ PIÑEIRO ROYO e S. BARCELÓN COBEDO, *Análisis del capítulo I de la Ley 45/2002*, en Documentación Laboral núm. 67, 2003.

A supresión referida, tampouco ten connotacións, máis ben constitúe un instrumento necesario para harmoniza-los salarios de tramitación e o desemprego. A inmediatez no nacemento de protección, levaba implícita necesariamente a supresión da impugnación. Noutro caso, o nacemento da protección quedaría necesariamente desprazada. Nesta orde e con aquela finalidade, o reformado artigo 209.4 precisa «a decisión de empresario de extinguir, entenderase por si e sen necesidade de impugnación, como causa de situación legal de desemprego, etc.» e engade, para que non exista equívoco, que: «o exercicio da acción contra o despido ou extinción non impedirá que se produza o nacemento do dereito á prestación».

Certamente, sería desexable suprimir con carácter xeral a involuntariedade na perda do emprego, ó non constituír, como dende antigo, un trazo constitutivo. Con todo, non era este o obxectivo da reforma. Aínda que conceptualmente non caben as comparacións e as críticas deben actuar sobre a análise dos elementos que teñen ou non carácter constitutivo, o certo é que a situación producida pola reforma é, cando menos, sorprendente.

En efecto, antes e agora, o traballador non pode extinguir voluntariamente o contrato nin sequera durante o período de proba (por exemplo para realizar cursos de formación ou para buscar un traballo máis acorde coa súa titulación, ou baseándose en que o traballo prometido non se corresponda co efectuado durante o período de proba...), ó quedar expulsado da protección por desemprego. Polo contrario, se coa mesma finalidade apuntada, o traballador opta por incumprir coas súas obrigacións contractuais e é o despido procedente, o acceso ó desemprego esta garantido. Non parece que a estrutura interna achegue unha ordenación baseada en criterios de racionalidade, aínda que indirectamente queden salvados os elementos conceptuais.

3. As novidades no nivel asistencial da protección por desemprego¹⁷. D. Pedro Rabanal Carbajo¹⁸

1. *Requisitos xerais:*

- i) O compromiso de actividade.
- ii) O requisito de non superación do límite de rendas do 75% do SMI.

¹⁷ Como xa expuxen anteriormente, o conferenciante non se presentou debido ó óbito de don Manuel Alonso Olea; a pesar diso, presentou o seu relatorio, do que recollo, nesta crónica, o índice por estar moi ben estruturado. Para unha maior comprensión recomendo te-la lei a man.

¹⁸ Profesor titular do dereito de traballo e da seguridade social da Universidade de Vigo.

2. *Tipos de subsidios:*

- i) Subsidio por responsabilidades familiares.
- ii) Subsidio para maiores de 45 anos.
- iii) Subsidio para emigrantes retornados.
- iv) Subsidio para liberados da prisión.
- v) Subsidio para inválidos que recuperen a súa capacidade.
- vi) Subsidio para aqueles que non cotizaran o suficiente para acceder á prestación («contributivo-asistencial»).
- vii) Subsidio para maiores de 52 anos (ou de prexubilación).
- viii) Subsidio especial para maiores de 45 anos.
- ix) Subsidio para traballadores fixos descontínuos.
- x) Renda activa de inserción.
- xi) Subsidio por desemprego agrario.

3. *Contía e duración.*

4. *Cotización.*

5. *Xestión e pagamento do subsidio.*

6. *Suspensión e extinción do subsidio.*

7. *Renda activa de inserción.*

i) Concepto.

ii) Requisitos.

iii) Beneficiarios:

- a) Minusválidos cun grao igual ou superior ó 33%, con independencia da súa idade.
- b) Emigrantes retornados, maiores de 45 anos.
- c) Víctima de violencia doméstica.
- d) Traballadores eventuais agrarios de Andalucía e Estremadura que non teñan dereito ó subsidio de desemprego agrario.
- e) Empresarios que contraten a beneficiarios da renda activa de inserción (subvención salarial).
- f) Réxime xurídico.
- g) Contía.

4. **O concepto de colocación adecuada e o compromiso de actividade.** D^a. Lourdes Mella Méndez¹⁹

Aínda que o artigo 207, c) LXSS remite ó artigo 231 do mesmo texto legal para atopalo concepto do compromiso de actividade, parte do seu

¹⁹ Profesora titular de dereito do traballo e da seguridade social da Universidade de Santiago de Compostela.

contido xa se pon de relevo naquel cando alude á busca activa de emprego e á aceptación de colocación adecuada. Agora ben, para os efectos de aclarar posibles dúbidas sobre o contido de tan importante concepto, o lexislador opta por definilo expresamente no número dous do artigo referenciado, e cun contido máis amplo do que inicialmente puidera parecer.

En efecto, considérase compromiso de actividade o que adquire o «solicitante ou beneficiario das prestacións de buscar activamente emprego, aceptar unha colocación adecuada e participar en accións específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión ou inserción profesional para incrementa-la súa ocupabilidade, así como cumpri-las restantes obrigas previstas neste artigo».

Como se aprecia, a amplitude do contido do compromiso de actividade ponse de relevo ó incluí-la necesidade de cumprir, non só coas accións específicas de motivación, información, orientación, formación ou reconversión profesional, senón tamén co resto das obrigas que prevé o citado artigo 231 que, precisamente, no seu número un, por lista son as correspondentes «ós traballadores» e «solicitantes e beneficiarios de prestacións de desemprego».

A Lei 45/2002 vén sumar ás xa previstas no mencionado precepto (cotizar pola achega da continxencia por desemprego; proporciona-la información necesaria para os efectos de recoñecemento, suspensión, extinción ou proseguimento do dereito ás prestacións; participar en programas de colaboración social ou en accións de promoción, formación ou reconversión profesional que determine o INEM ou as entidades asociadas dos servicios integrados para o emprego e a acepta-la colocación adecuada que lle sexa ofrecida por aquel ou a axencia de colocación; renova-la demanda de emprego en data e forma; solicita-la baixa das prestacións por desemprego cando proceda; reintegra-las prestacións indebidamente percibidas e devolverlle ó INEM, ou axencia de colocación, o xustificante de ter comparecido á oferta de emprego ofrecida por aqueles) dúas máis: as de «subscribir e cumpri-las esixencias do compromiso de actividade» (letra h) e «buscar activamente emprego e participar en accións de mellora da ocupabilidade, que se determinen polos servicios públicos de emprego competentes, no seu caso, dentro dun itinerario de inserción» (letra i).

Mentres que esta última obriga se configura de forma específica e concreta, a primeira reitera a obriga xenérica do desempregado de atende-lo compromiso de actividade con todo o que isto implica. Así as cousas, a estrutura e organización interna do analizado artigo 231 resulta confusa e complexa, pois sorprende que, por un lado, no seu número un, dedicado a enumerar unha longa serie de obrigacións específicas (algunhas das cales reitera despois na definición do compromiso de actividade), inclúa a xenérica de subscribir e cumpri-las esixencias de compromiso en cuestión e, por outro, no seu número dous, a definición estudiada espe-

cifique expresamente algunhas obrigacións e a outras aluda xenericamente por conterse no seu número un.

En opinión da autora, de cara a unha mellor organización da estrutura e maior claridade do precepto sería máis correcto que, por exemplo, o número un se limitase a prever como obrigación xenérica dos interesados a de «subscribir e cumprir-las esixencias do compromiso de actividade» e que o dous entrase a definir o precepto con precisión, enumerando unha por unha tódalas obrigacións que formasen parte do seu contido, co que se evitarían repeticións inútiles.

Respecto da obrigación introducida polo RD-lei no artigo 231.1, i), LXSS, cabe sinalar que a Lei 45/2002 engade un inciso ó texto inicial deste, no sentido de precisar que, «sen prexuízo da obrigación de acredita-la busca activa do emprego, a participación nas accións de mellora da ocupabilidade será voluntaria para os beneficiarios de prestacións contributivas durante os cen primeiros días de percepción, e a non participación nestas non implicará efectos sancionadores». Deste modo, non cabe dúbida de que, durante ese primeiro e curto período, os perceptores da prestación contributiva por desemprego gozan dunha maior liberdade ou capacidade de actuación persoal e profesional, pois non están obrigados a participar en accións «oficiais» de mellora da ocupabilidade, e é suficiente con que acrediten que están buscando activamente emprego, o que se producirá a través da subscripción do correspondente compromiso de actividade.

Segundo a exposición de motivos da citada lei, a non obrigatoriedade na participación das accións en cuestión parece relacionarse co pouco tempo transcorrido dende a perda do emprego e, polo tanto, coa presunción de que a capacidade daqueles «para atopar un emprego» permanece «íntacta», e que poderán poñer «en práctica por si, sen axuda, se así o desexan, doutro tipo de accións do Servicio público de emprego». En efecto, dado que se presume que a brevidade do período transcorrido en situación de desemprego aínda non minguou de ningún xeito as aptitudes profesionais do afectado, o que se quere é estimular-la súa capacidade de iniciativa e a súa liberdade na busca dun novo emprego. Agora ben, se aquel o desexa, tamén pode facer uso das referidas accións do Servicio público de emprego, o que en ningún caso parece que o poida prexudicar.

Aínda que, nun principio, as accións específicas de mellora da ocupabilidade parecen de diferente contido e natureza, basicamente, divídense en dous grupos:

- i) As de información (motivación, información, orientación).
- ii) E as de formación (formación, reconversión ou inserción) profesional.

Dous tipos de accións complementarias que perseguen un único fin: a mellora da ocupabilidade do desempregado, isto é, facer todo o posi-

ble para que este poida atopar un novo emprego canto antes. Noutras palabras, inténtase saca-la maior rendibilidade profesional ó tempo que o afectado está sen traballar, que xa non debe equivaler ó tempo de inactividade, senón todo o contrario. Non se traballa, pero «trabállase» para traballar.

Unha precisión importante é a de que, aínda cando antes da reforma o desempregado xa tiña obrigación de participar en accións similares de «promoción, formación ou reconversión profesionais» que determinase o INEM ou as entidades asociadas dos servicios integrados para o emprego (artigo 231.1, c), LXSS), a Lei 45/2002 reforza a importancia daquelas e a obriga do afectado de participar nelas, como o acredita o que pasen a formar parte expresa do contido do compromiso de actividade e, no seu caso, dun itinerario de inserción que se estableza para aquel.

Pola súa parte, a busca activa de emprego debe entenderse como a realización de motu propio, por parte do desempregado, de tódalas xestións e accións que estean na súa man para atopar un novo posto de traballo. Das tres obrigas fundamentais que integran o compromiso de actividade, é a máis novidosa, dado que –a diferenza das outras dúas– non estaba prevista expresamente.

Como moito, a busca do traballo podería entenderse implícita na inscrición do desempregado nas oficinas do INEM, pois se consta nestas é porque está buscando traballo e en disposición de traballar²⁰. Agora ben, parece claro que se o lexislador crea a obrigación de «buscar activamente emprego» quere ir máis lonxe: xa non abonda con inscribirse nas oficinas de emprego (o que pode levar á pasividade dos traballadores), senón que hai que manter unha actitude «activa» de busca de emprego que force a aquel a poñer en marcha iniciativas co fin da procura do emprego desexado²¹. Puntualización importante é a de que a busca activa de emprego debe referirse ó que resulte «adecuado» por analoxía coa obrigación de aceptar só ofertas de traballo que tamén o sexan. Só o traballo adecuado xera a obrigación de aceptalo, xa o ofrezca o INEM, xa o busque e atope o interesado.

²⁰ Así, STS do 12 de marzo de 1998 (Ar. 2565): «a nota da involuntariedade no desemprego comporta a súa exteriorización mediante unha manifestación de vontade acreditativa do desexo de volver traballar, e revélase a inscrición como demandante de emprego na oficina correspondente do INEM, como instrumento xustificativo desta involuntariedade no paro.»

²¹ Non se comparte, pois, a opinión de que a obriga de acredita-la dispoñibilidade para buscar emprego resulta innecesaria, ó derivar da inscrición nas oficinas de emprego (así CAVAS MARTÍNEZ, F. e FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., no volume «La reforma del despido y del desempleo. Análisis del Real decreto-lei 5/2002», dirixido por Sempere Navarro e Cardenal Carro (Murcia 2002), p. 124).

Cuestión directamente relacionada co contido do compromiso de actividade é a do seu alcance, en tanto en canto, *a priori*, podería dubidarse se este é xenérico ou específico. Agora ben, á vista da exposición do seu contido, parece claro que o compromiso de actividade configúrase xenericamente, pois limítase a reitera-las obrigacións legais que este xa ten por lei.

Rexéitase, así, que o compromiso en cuestión debe entenderse como un «compromiso específico», que concreta as obrigas xenéricas de buscar emprego, aceptar colocación adecuada e realizar accións formativas. Noutras palabras, non se está ante un compromiso de, por exemplo, buscar emprego nun determinado ámbito, aceptar un posto de traballo que reúna unhas determinadas características ou participar nunhas concretas accións formativas, pois a precisión do que se entenda «adecuado» resulta, á parte de cambiante, difícil de establecer nun primeiro momento.

A configuración xenérica do compromiso de actividade permite salvar tales inconvenientes ó obrigar ó desempregado a buscar ou aceptalo emprego ou realiza-las accións formativas que, en cada momento, se consideren adecuadas, adaptándose ás cambiantes circunstancias persoais e do mercado de traballo.

**5. Os programas de emprego dos perceptores de prestacións.
 Pagamento único. Mobilidade xeográfica. Formación profesional. Compatibilidade co traballo por conta allea.
 D^a. María Xosé Feijóo Rey²²**

No capítulo primeiro da «Lei 45/2002, do 12 de decembro, de medidas urxentes para a reforma do sistema de protección por desemprego e mellora da ocupabilidade»²³ (LPDMO) texto legal no que devén o «Real decreto-lei 5/2002, do 24 de maio, de medidas urxentes para a reforma do sistema de protección por desemprego e mellora da ocupabilidade»²⁴ (RDLPDMO) trala súa tramitación parlamentaria, acométense diversas modificacións no sistema de protección por desemprego. En concreto, o artigo primeiro, establece a «modificación da Lei xeral da Seguridade Social, texto refundido aprobado polo Real decreto legislativo 1/1994, do 20 de xuño».

Xustamente, o contido asignado ó presente relatorio trasládanos, este capítulo primeiro, en concreto ó artigo primeiro punto nove da LPDMO

²² Profesora titular de dereito do traballo e da seguridade social da Universidade Autónoma de Barcelona.

²³ BOE de 13 de decembro de 2002.

²⁴ BOE do 25 de maio de 2002.

(punto oito RDLPDMO). No punto nove alúdese ó artigo 228 do texto refundido da LXSS²⁵.

En relación a este artigo 228 da LXSS, a reforma implica, en primeiro lugar, a modificación da alínea terceira e, en segundo lugar, a adición de dúas novas alíneas, a saber, a cuarta e a quinta. Nas referenciadas modificacións e adicións, a redacción que contén a LPDMO é idéntica á que se continúa no RDLPDMO, coa única excepción que na modificación operada na alínea 3, a redacción legal, hoxe en vigor, concrétese en «(...) a entidade xestora poderá aboar dunha soa vez (...)». Constátase que se produce un cambio da preposición «por» (a entidade xestora poderá aboar «por» unha soa vez).

O artigo 228 da LXSS é o precepto que atende ó pagamento das prestacións por desemprego. A redacción actual deste artigo, modificando –a alínea terceira–, ou adicionando diversas alíneas –cuarta e quinta–, ten un denominador común, en tanto que require que previamente exista un «programa de fomento do emprego que o estableza» (en relación a aqueles extremos que agora contempla na súa nova redacción).

Trátase de medidas que pretenden ser harmónicas co propio título da reforma, non só dirixida a incidir sobre «a protección por desemprego», senón tamén, en directa relación coa «mellora da ocupabilidade».

6. A nova normativa sobre salarios de tramitación.

D. Javier Gárate Castro²⁶

Don Javier Gárate Castro repetiu unha vez máis²⁷ que un dos aspectos máis preocupantes, quizais o máis preocupante segundo as súas verbas, da bazofia que constituíu, ó menos dende un punto de vista da técnica xurídica seguida ou aplicada, o polémico Real decreto-lei 5/2002, do 24 de maio, foi o da profunda modificación do sistema de protección fronte ó despido que, aínda que aparecía realizada no marco da reforma das prestacións por desemprego, posuía substantividade propia²⁸.

Tratándose dunha cuestión principal dentro das que eran obxecto de regulación polo citado texto legal, chamaba profundamente a atención que a súa exposición de motivos evitara proporcionar calquera explica-

²⁵ Real decreto legislativo 1/1994, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social (BOE 29 do xuño de 1994).

²⁶ Catedrático de dereito do traballo e da seguridade social da Universidade de Santiago de Compostela.

²⁷ Vid. J. GÁRATE CASTRO: «La reforma del régimen jurídico del despido; en particular, de los salarios de tramitación», *Aranzadi Social*, 2002, 12, páx. 56.

²⁸ Vid. J. GÁRATE CASTRO: «A reforma do réxime xurídico do despedimento pola Lei 45/2002. En particular, sobre a regulación dos salarios de tramitación», *REGAP* 33, Estudio; páx. 15.

ción directa e clara das medidas adoptadas ó respecto. Neste senso, non se podería considerar seriamente que semellante explicación emerxese ó relaciona-las aludidas medidas coas que se indicaba que tiñan como obxectivo «mellora-lo funcionamento do mercado de traballo», e para os seus efectos manifestaba aquela exposición de motivos que se establecía «o comezo da percepción da prestación de desemprego dende o cese por despido, con independencia da súa impugnación, e posibilitaba a existencia de ingresos no período que media entre o despido e a conciliación ou a sentenza».

Cabe pensar que o Goberno optou deliberadamente por eludir ou da-lo tipo de explicación considerado porque era consciente de que a modificación comentada excedía con moito da do sistema de protección por desemprego ou, se se prefire, pouco tiña que ver con ela e para nada se relacionaba cos obxectivos formulados na exposición de motivos á que se viña facendo referencia. O resultado é que as razóns de oportunidade da reforma –as xurídicas non existían– debía de extraelas o intérprete do contido dos propios preceptos modificados; polo demais, non se descubría en ningún momento que concorrese na regulación da materia unha necesidade extraordinaria e urxente xustificativa, en termos do artigo 86.1 da Constitución española, da súa realización acudindo á figura do decreto-lei.

Neste senso, a tramitación como lei da reforma, con importantes modificacións que alcanzan, polo que aquí interesa, ó réxime do despido, que volve, nos seus aspectos laborais, a unha situación que implica un notorio achegamento ó anterior o Real decreto-lei 5/2002, contribúe a privar de razón ós que afirmaron, principalmente dende instancias políticas, a existencia da expresada necesidade e mostra de que, en realidade, se actuou con precipitación e moi pouca responsabilidade.

Tal é unha das conclusións que cabe extraer da lectura dos preceptos do Estatuto dos traballadores que se ocupan do despido, modificados novamente pola Lei 45/2002, do 12 de decembro, que supón, tanto nesta materia como en moitos aspectos da protección por desemprego, unha reforma con medidas claramente opostas ás introducidas pola anterior.

Remata o autor dicindo que é laudable ter regresado, en materia de despido, a unha situación máis próxima á anterior á entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002; con todo, á parte de que a redacción dada a algúns dos preceptos modificados, principalmente ós que repercuten sobre os efectos do despido en materia de protección por desemprego, é excesivamente prolixa e deixa moito que desexar en canto á súa claridade e técnica xurídica, segue chamando a atención que a Lei 45/2002 non proporcione, na súa exposición de motivos, ningunha explicación relacionada directamente coa nova regulación do despido, que segue excedendo, de forma clara, da reforma da protección por desemprego.

Bótase en falta, especialmente, que non se bote ningunha luz sobre a razón pola cal se considera regular o despido como se fai agora, cando poucos meses atrás o que se estimaba bo era a suxeición deste a un réxime distinto ó significativamente afastado do recentemente establecido.

4. Cláusura das xornadas

As xornadas foron clausuradas polo director da Escola Galega de Administración pública reiterando a súa gratitude a tódolos relatores que nos acompañaron, esperando que a xornada espertara a atención e mailo interese de tódolos asistentes e que servira para resolver cantas dúbidas xurdiran tralas sucesivas exposicións.

5. A modo de conclusión

A reforma laboral, obxecto destas xornadas, pretende non só dar continuidade ás medidas adoptadas con ocasión da reforma laboral do 1997, basicamente incentivación da contratación estable mediante o establecemento de numerosas bonificacións nas cotas empresariais á Seguridade Social e unha redución dos custos de extinción do contrato para determinados colectivos, senón que ademais «intenta afondar na adecuación e na adaptación das estruturas laborais a momentos e necesidades que están experimentando importantes cambios», actuando sobre tres aspectos relevantes da armazón xurídica laboral como son: a temporalidade, a incentivación da estabilidade e a regulación dun contrato de traballo a tempo parcial «que garanta unha presenza en cantidade e calidade comparable ó resto da Unión Europea».

A reforma das prestacións por desemprego que se acomete con esta lei ten como obxectivos os seguintes:

a) Falicitar oportunidades de emprego para tódalas persoas que desexen incorporarse ó mercado de traballo

Para isto, dende o inicio da prestación existirá un compromiso de actividade en virtude do cal o desempregado terá dereito a que os servizos públicos de emprego determinen o mellor itinerario de inserción, de acordo coas súas capacidades profesionais e aptitudes para o traballo.

Igualmente, favorécese que aqueles desempregados maiores de cincuenta e dous anos beneficiarios de calquera subsidio por desemprego poidan compatibilizar voluntariamente unha parte deste co traballo por conta allea, e permitirlle así acumular períodos de cotización e recuperar carreiras de seguro tendo nun futuro unha mellor pensión de xubilación.

Así mesmo, para os desempregados que desexen formar parte dunha sociedade laboral ou constituírse como socios traballadores ou socios de traballo de cooperativas e opten por utilizar para isto a prestación pendente de percibir, establécese que a capitalización poida percibirse como pagamento único, destinado integramente á achega necesaria para constituírse en socio, ou como pagamento periódico para aboar as cotizacións á Seguridade Social. Quen queira constituírse como traballador autónomo poderá capitalizar ata o 20% da súa prestación para afrontar os gastos de inicio de actividade; o resto da prestación aboarase para o pagamento das cotizacións á Seguridade Social. As persoas discapacitadas poderán acollerse á modalidade que máis lles conveña e gozarán ademais dunha bonificación nas súas cotizacións ó Réxime especial de autónomos do 50%.

b) Mellora-lo funcionamento do mercado de traballo

Para isto establécese o comezo da percepción da prestación de desemprego dende o cese por despedido, con independencia da súa impugnación, posibilitando a existencia de ingresos no período que medie entre o despedido e a conciliación ou a sentenza. Establécese tamén a posibilidade de compatibilizar as prestacións por desemprego e o traballo, para que traballadores desempregados perceptores de prestacións substitúan a traballadores de pequenas empresas mentres estes asisten a cursos de formación. Así mesmo, aumentanse as posibilidades de acollerse a bonificacións cando se contrata a mulleres paradas que deron luz nos últimos vintecatro meses.

c) Corrixir disfuncións observadas na protección do desemprego


Para isto reordénase a protección de emigrantes retornados, reservando o subsidio específico ós que traballaron ó menos un ano en países cos que España non ten convenio nesta materia, e establecendo para os demais a posibilidade de incorporarse ó programa de renda activa de inserción. Todo isto, sen prexuízo dos dereitos á protección por desemprego das persoas que proceden dun país do espazo económico europeo ou de países cos que teñen suscrito convenio de prestacións por desemprego, que poderán percibir a súa prestación de acordo coa lexislación vixente e en aplicación dos regulamentos comunitarios de Seguridade Social ou os convenios correspondentes. Precísase o concepto de renda incompatible coa percepción do subsidio asistencial, e exclúense expresamente as indemnizacións legais derivadas da extinción do contrato así coma as cantidades destinadas para o pagamento do convenio á Seguridade Social que, no seu caso, poida facerse para manter as carreiras de seguro cara a unha mellor pensión da Seguridade Social.

Especificase igualmente que o nacemento das prestacións se produza tralo período que corresponde ás vacacións, non gozadas e que deben ser retribuídas, establecendo a situación de asimilada ou alta e cotización do período que transcorre entre a extinción do contrato e o inicio da prestación, e queda con isto o traballador totalmente protexido ante a actualización de calquera situación de necesidade que supoña o nacemento dunha prestación da Seguridade Social.

d) Amplia-la protección a colectivos que actualmente carecen dela

Para eles establécese unha prestación contributiva por desemprego para os traballadores eventuais agrarios do conxunto do territorio español e determínase que as futuras incorporacións á protección por desemprego dos traballadores eventuais agrarios rexeranse pola nova normativa que se establece con carácter xeral. Á vez, mantense a regulación actualmente vixente para os que xa son perceptores do subsidio agrario en Andalucía e Estremadura. Quen non poida incorporarse ó subsidio agrario como consecuencia da aplicación desta nova lei, terá dereito á renda activa de inserción, por unha duración igual á que lle correspondese de ser desempregado agrario subsidiario.

A pronta reinserción dos desempregados é necesaria, non só para o benestar destes, senón tamén para o correcto funcionamento do mercado de traballo. España mostrou nos últimos anos unha capacidade de creación de emprego, pero non sempre foron as persoas desempregadas as que ocuparon estes postos de traballo; incluso os empregos non chegaron a crearse por non atoparse a persoa adecuada para ocupalos, lesionando as posibilidades de crecemento económico de determinados territorios.

Por isto, para potenciar que, ademais de que persoas inactivas que se veñen incorporando ó mercado de traballo, os desempregados atopen antes emprego, e seguros de que ámbolos dous fenómenos contribuirán a mellorar esencialmente o funcionamento do noso mercado e o progresivo achegamento de España ós niveis medios de emprego da Unión Europea, é esencial facilitarlles ós servizos públicos de emprego recursos humanos e materiais suficientes. Con este fin impulsouse a necesaria dotación orzamentaria nos orzamentos xerais do estado do 2003, e abordáronse no ámbito da conferencia sectorial para asuntos laborais tanto a distribución de novos efectivos para os servizos de emprego estatal e autonómicos, como cantas cuestións permitan que a integración laboral de quen carece de emprego –especialmente os colectivos con maiores dificultades– se estenda de maneira eficaz e xeral. 

XORNADAS SOBRE A LEI DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA E PROTECCIÓN DO MEDIO RURAL DE GALICIA

(LEI 9/2002 DO 30 DE DECEMBRO)

Vigo, 5 de xuño; Ourense, 10 de xuño; Lugo, 18 de xuño;
A Coruña, 24 de xuño de 2003

Mercedes López Caneda

Bolseira de investigación da EGAP

A Escola Galega de Administración Pública (EGAP) organizou en colaboración co Centro de estudos locais de Galicia estas xornadas sobre a Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia; que se realizaron, con notable éxito de participación, en Vigo, Ourense, Lugo e A Coruña os días 5, 10, 18 e 24 de xuño respectivamente. A organización destas xornadas en diferentes cidades de Galicia responde á política de descentralización e coordinación entre administracións públicas coa que a EGAP pretende achega-la formación a un maior número de persoas e do xeito máis cómodo posible, evitando que a distancia supoña un factor disuasorio.

Foron inauguradas polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, quen, despois de agradecer a presenza do público asistente e o esforzo dos relatores, salientou a importancia e actualidade do tema que se tratou nas xornadas. Fixo un percorrido polo proceso que levou a aprobación desta lei e destacou as novidades introducidas por ela, que pretenden favorecer-lo proceso urbanístico e contribuír así ó abaratamento do solo e da vivenda.

O primeiro relatorio da xornada correu a cargo de **Juan Carlos Prado del Valle**, xefe do Servicio provincial de urbanismo e inspección territorial da Delegación provincial da Coruña da Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda, quen falou sobre os *principios xerais do dereito urbanístico e o réxime xurídico do solo rústico*.

Comezou resaltando a importancia dos principios xerais do dereito, que teñen unha indubidable eficacia práctica, xa que son fonte do dereito e posúen un carácter informador do ordenamento xurídico. Os principios son preexistentes, o que non exclúe o seu carácter evolutivo, e a súa positivación é froito de lentos procesos de decantación.

Característica permanente da lexislación urbanística da nosa comunidade autónoma é a súa inserción na tradición e no acervo urbanístico común, que parte da Lei de 1956 na cal se conteñen unha serie de principios que se manteñen na actualidade como: a configuración do urbanismo como unha función pública, o principio de planificación, o principio de clasificación do solo, etc.

A Lei de 1985 de adaptación da Lei do solo a Galicia introduciu unha serie de modificacións, motivadas polas especialidades do asentamento territorial e pola distribución poboacional que se consideraban características de Galicia; a atención ás peculiaridades do noso medio rural será xa unha constante ineludible nas seguintes regulacións e, en particular, na Lei 9/2002 de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia.

A citada lei reproduce, en parte, unha serie de principios tradicionais no ordenamento xurídico español:

■ Principio de planificación: aparece recollido no artigo 1.2 da Lei 9/2002 que dispón que o réxime urbanístico do solo será determinado polo establecido nesta lei ou, na súa virtude, nos instrumentos de ordenación previstos nela; no artigo 3.1 que se refire ó ámbito da competencia urbanística concernente ó planeamento e no artigo 7 relativo ó réxime da propiedade, que conta cunhas facultades urbanísticas que se exercerán dentro dos límites e con cumprimento dos deberes establecidos nesta lei e, en virtude dela, polos plans de ordenación.

■ Principio de clasificación do solo: a lei galega refírese a el nos artigos 3.1.c) e no artigo 7, cando establece que as facultades urbanísticas do dereito de propiedade se exercerán conforme á clasificación urbanística dos predios.

■ A dirección pública da acción urbanística e o fomento da participación privada: principios que se recollen nos artigos 4.a) e 5 da Lei 9/2002.

■ Principio de equidistribución: o artigo 52.3 da lei imponse ó Plan xeral o deber de garanti-lo equilibrio de beneficios e cargas derivados do dito plan entre as distintas áreas de reparto e a proporcionalidade entre o volume edificable e os espacios libres públicos de cada ámbito de ordenación. Isto reitérao no artigo 112.1 ó establece-las regras para a delimitación polo planeamento das áreas de reparto.

■ A participación pública nos procesos de planeamento e xestión e o dereito de información: están recollidos no artigo 5.4 da Lei 9/2002 e na regulación dos distintos procedementos, así como no artigo 100 relativo á publicidade do planeamento e ó dereito de información.

■ Principio da acción pública: atopamos este principio na disposición adicional cuarta da lei.

Seguidamente, Prado del Valle analizou os principios constitucionais que inflúen no dereito urbanístico. Así, o artigo 45 da Constitución española (CE, en adiante) reconece o dereito de todos a gozar dun medio natural adecuado para o desenvolvemento da personalidade e imponse a tódolos cidadáns o deber de conservalo e ós poderes públicos, o de velar pola utilización racional de tódolos recursos naturais. O artigo 46 CE imponse ós poderes públicos o deber de garanti-la conservación do patrimonio histórico, cultural e artístico dos pobos de España. O artigo 47 CE dispón que a regulación da utilización do solo se realizará de acordo co interese xeral, para impedi-la especulación e que a comunidade participará nas plusvalías que xere a acción urbanística dos entes públicos. Referiuse tamén ós artigos 33 (dereito de propiedade), 38 (liberdade de empresa), 132 (bens de dominio público) e 128 (subordinación ó interese xeral de toda a riqueza do país).

Estes principios deben complementarse cos que se derivan da nosa pertenza á Unión Europea. No Tratado da Unión Europea establécese como obxectivo a consecución dun crecemento equilibrado e sostido, sinalando que a política no ámbito do medio natural debe tender a alcanzar un grao de protección ambiental elevado, ó introduci-los principios de cautela, de utilización racional dos recursos naturais e o principio de transversalidade, que significa que as esixencias de protección ambiental deben integrarse na definición das demais políticas e que incide especificamente na ordenación do territorio e no urbanismo, constituíndose así na óptica dende onde acomete-la planificación e utilización do solo.

O relator fixo unha exposición dos traballos, documentos e programas comunitarios que dende hai décadas veñen establecendo as pautas para a utilización racional do solo. Así, referiuse en primeiro lugar á *Carta dos solos* do Consello de Europa (1972) na que se considera o solo como un dos bens máis prezados da humanidade e un recurso limitado que se destrúe facilmente. Respecto á política de ordenación do territorio, manifesta

que debe evitarse a destrucción do solo por motivos puramente económicos e engade que dado que as cidades converten en estéril o solo que ocupan e repercuten nas zonas veciñas, por razón das infraestructuras que necesitan e dos desfeitos que producen, é necesario que a urbanización sexa concentrada e organizada, evitando a ocupación dos solos de calidade. Na actualidade esta visión global do solo ten o seu reflexo na comunicación da Comisión do 16 de abril de 2002 «Cara a unha estratexia temática para a protección do solo», que considera que a ordenación territorial pode desempeñar un papel importante na protección dos recursos edáficos.

A *Carta europea de ordenación do territorio* (1983) establece como obxectivos fundamentais:

- asegurar un desenvolvemento económico equilibrado,
- mellora-la calidade de vida,
- administrar responsablemente os recursos naturais e protexe-lo medio natural, sinalando a necesidade de que a política do solo empregue as excesivas plusvalías do solo en beneficio da comunidade.

Para a consecución de tales obxectivos é necesario un esforzo político que asegure a coordinación sectorial, a coordinación entre os diferentes niveis de decisión e a máxima información e participación cidadá.

En 1994 aprobouse o documento *Europa 2000+: cooperación para a ordenación do territorio*, que incide na protección dos espazos abertos, corredores ecolóxicos e recursos de auga, nas funcións rexeneradoras e creativas dos espazos naturais para os núcleos urbanos, na necesidade de considera-las principais características paisaxísticas nos plans de ocupación do solo, de revitaliza-los núcleos rurais, de fomenta-la información e a participación, etc.

Na reunión informal, que tivo lugar en Postdam en 1999, os ministros responsables da ordenación do territorio (CEMAT) aprobaron a *Estratexia territorial europea: cara a un desenvolvemento equilibrado e sostido do territorio da Unión Europea*, no que se considera o territorio como unha nova dimensión da política europea e estudia a influencia das distintas políticas da comunidade con efectos sobre o territorio.

Moitas outras accións comunitarias aféctanlle indirectamente ó uso do solo e ó desenvolvemento territorial, como a Directiva 85/337/CEE, que establece a realización e publicación da avaliación de impacto ambiental de grandes proxectos, ou as directivas que fixan normas de calidade para os contornos dos espazos naturais.

Co paso do tempo, a política do medio natural da comunidade vén influíndo cada vez máis na evolución das zonas urbanas.

O 28 de outubro de 1999 a comisión aprobou un *Marco de actuación para o desenvolvemento urbano sostido na Unión Europea*, que fixa, como un dos seus obxectivos, protexer e mellora-lo medio natural urbano.

Respecto á ordenación, planificación e xestión do espazo litoral, o relator referiuse á Resolución 29 sobre a protección das zonas costeiras, aprobada polo Comité de ministros do Consello de Europa en outubro de 1973, na que se conteñen dezaseis recomendacións, entre as que destaca a necesidade dunha regulación que salvagarde o principio de dominio e acceso público, garantindo unha franxa litoral exenta de edificacións.

Na década dos oitenta, a *Carta europea do litoral*, aprobada en 1981 pola conferencia plenaria de rexións periféricas marítimas da Comunidade Económica Europea, tras destaca-lo papel esencial do litoral para a vida humana, advirte sobre a degradación urbanística das zonas litorais e propugna a conciliación entre protección do litoral e desenvolvemento, sinalando a necesidade dunha urbanización equilibrada, adaptada ás características orixinais de cada zona.

O quinto programa comunitario de acción en materia de medio natural «Cara a un desenvolvemento sostible» reconece a función central da ordenación territorial para acadalo obxectivo do desenvolvemento sostible, referíndose á necesidade de que a función planificadora asegure que se optimice a proporción da participación relativa das distintas actividades en función da capacidade de carga do medio natural, non só en función do consumo de recursos senón da capacidade de absorción de residuos.

A importancia e a vulnerabilidade do litoral levaron á aprobación da Recomendación do Parlamento Europeo e do Consello do 30 de maio de 2002, sobre a xestión integrada das zonas costeiras, dirixida á súa xestión sostible dende o punto de vista ambiental, manifestando a necesidade de estratexias que garantan o control da urbanización adicional e a explotación das zonas urbanas, e que ó mesmo tempo se respecten as características naturais do contorno costeiro. A dita recomendación remite á Comunicación da Comisión 547/2000 sobre «Xestión integrada das zonas costeiras, unha estratexia para Europa» que considera que o problema biofísico fundamental das zonas costeiras é que o desenvolvemento non se contén nos límites das capacidades ambientais locais.

Xa por último, aludiu ó sexto programa comunitario de acción en materia de medio natural, aprobado polo Parlamento europeo e polo Consello o 22 de xullo de 2002, que anima ós estados membros á utilización da ordenación do territorio como medio para asegurarlle ó cidadán unha maior protección ambiental e un desenvolvemento urbano sostible.

A continuación, Prado del Valle analizou a tradución práctica dos principios rectores do urbanismo na Lei 9/2002:

A) **Desenvolvemento económico e crecemento urbano:** o desenvolvemento urbanístico debe atende-las demandas de solo en condicións

axeitadas para servir a tódalas actividades humanas e, entre elas, ós asentamentos poboacionais e ás actividades económicas, pero axustándose ó concepto de desenvolvemento sostible. Combinando ámbalas dúas ideas, a lei pretende fortalecer-lo sistema urbano con distintas fórmulas:

1. Potenciando a conservación e rehabilitación do patrimonio construído, polo que se introducen medidas como:

■ Unha nova regulación do deber de conservación (art. 9) e das ordes de execución, en particular no solo rústico e de núcleo rural (art. 203), unida ó réxime restrictivo da demolición das edificacións tradicionais.

■ A inspección periódica das construcións (art. 200).

■ Rehabilitación forzosa de inmobles cando o planeamento así o impoña (art. 188).

■ O réxime de edificación forzosa e obrigar a edificar nos soares vacantes (art. 188 e seguintes).

■ Supresión da carga de cesión do solo correspondente ó 10% de aproveitamento tipo, naqueles polígonos para os que o plan impoña cargas onerosas de rehabilitación integral ou restauración de bens de interese cultural ou inmobles catalogados (art. 18.b).

2. Fomentando a concentración da urbanización:

■ No artigo 46 establécense límites de sostenibilidade, incrementado as intensidades máximas con carácter xeral nos municipios con maior poboación, para os solos urbanos non consolidados e os urbanizables que se atopen en continuidade coa cidade existente.

■ Impedindo a urbanización difusa e a edificación dispersa e descontrolada, regulando o solo rústico de acordo coa súa natureza e preservándoo do proceso urbanizador indiscriminado.

■ Establecendo unhas normas de calidade urbana (art. 48) para garantir-las condicións axeitadas de habitabilidade, salubridade e funcionalidade das vivendas e da propia cidade.

B) Cohesión social

A tal fin contribúe esencialmente o acceso de tódolos cidadáns ós servizos básicos, ás zonas verdes, parques, xardíns e espazos libres públicos, ás dotacións públicas, etc. A lei galega establece unhas reservas mínimas de solo para zonas verdes e equipamentos comunitarios públicos (art. 47), reservas de solo necesarias para atender-la demanda de vivendas de protección oficial (arts. 55.3, 64.f e 66.3). Impón a localización das dotacións nos lugares máis axeitados para satisfacer-las necesidades da

poboación (art. 47.3) e reitera a existencia da supresión das barreiras arquitectónicas e urbanísticas (art. 48).

C) Protección do medio natural

A enteira regulación do medio rural responde directamente ó dito principio rector, como resulta das finalidades relativas ó medio rural incorporadas no artigo 4 da lei.

Así mesmo, debe destacarse o artigo 6 da lei que sinala que as dúbidas na interpretación do planeamento urbanístico se resolverán tendo en conta os criterios de menor edificabilidade, de maior dotación para espazos públicos e de maior protección ambiental.

Para concluír, referiuse á regulación do solo non urbanizable contida na Lei 6/1998 en atención á interpretación dada polo Tribunal Constitucional na sentenza 164/2001. O artigo 9 da LRSV establece, en síntese, dous criterios para a clasificación do solo como non urbanizable: que o solo sexa incompatible coa transformación e que sexa inadecuado para un desenvolvemento urbano. Estes dous criterios mínimos de clasificación serven como criterios mínimos de igualación de tódolos propietarios de solo. Tal fin igualador atrae en principio a regulación do artigo 9 da LRSV á esfera competencial do Estado ex art. 149.1.1 CE. Así mesmo, a suma deses dous criterios permite identificar unha ampla marxe de regulación para cada comunidade autónoma.

A incompatibilidade coa transformación non a define a propia lei, senón que provirá dos «réximes especiais de protección» establecidos na lexislación sectorial e no planeamento territorial. Tampouco establece directamente o artigo 9.1 da LRSV directamente o réxime de usos do solo protexido, senón que se limita a asumilo que resulte da lexislación sectorial e do planeamento territorial. A efectiva clasificación do solo como non urbanizable non deriva automaticamente da fixación dun «réxime de especial protección», senón que depende, en todo caso, de que o órgano público competente para a clasificación do solo efectivamente conclúa que o réxime especial de protección previamente establecido esixe a clasificación do solo como non urbanizable.

O xuízo de adecuación ou inadecuación para o desenvolvemento urbano correspóndelle ó órgano competente para a clasificación do solo. En definitiva, correspóndelle ó planeamento establece-los criterios sobre cándo un terreo é adecuado, ou non, para o desenvolvemento urbano, remitíndolle desta forma a clasificación do solo ó planificador urbanístico.

Foi precisamente ó amparo destas consideracións polo que a lei galega mantivo no seu texto definitivo o criterio de inadecuación do solo rústico para o desenvolvemento urbano.

A falta de tempo impediu que Prado del Valle continuase o seu relatorio cunha análise pormenorizada do réxime xurídico do solo rústico,

pero esta si se contiña na documentación que por escrito e, elaborada por aquel, se lles entregou ós asistentes e que se atopa a disposición da EGAP para aqueles que teñan interese en consultala. Nela fai un percorrido pola evolución legal na regulación da materia, un estudio da doutrina do Tribunal Constitucional e, finalmente, céntrase na súa regulación actual na Lei 9/2002 (concepto, destino, dereitos e deberes dos propietarios, categorías, réxime de usos, réxime transitorio etc.).

Hipólito Pérez Novo, subdirector xeral de Disciplina e informes na Dirección Xeral de Urbanismo e vocal da Comisión superior de urbanismo de Galicia, falou das principais novidades da Lei 9/2002, sobre a clasificación do solo e o seu réxime xurídico. Comezou a súa intervención coa explicación do estatuto xurídico da propiedade do solo. No artigo 33 da Constitución española recoñécese o dereito de propiedade privada e establécese que a función social deste dereito delimitará o seu contido, de acordo coas leis. Tal definición do dereito de propiedade responde a principios establecidos e intereses tutelados na propia Constitución nos artigos 45, 46, 47 e 128.1. Consecuencia do anterior é que o dereito urbanístico descansa sobre dous piares básicos: o recoñecemento da propiedade privada do solo e a decisión pública sobre o destino e a utilización do solo a través da planificación.

A Lei 6/1998, sobre réxime do solo e valoracións, regula o estatuto xurídico básico da propiedade do solo, que constitúe o marco dentro do cal o lexislador autonómico debe moverse. O lexislador estatal establece a clasificación do solo coma un presuposto da definición das condicións básicas do dereito de propiedade urbana, e distingue tres supostos básicos por razón do destino urbanístico fundamental do solo:

- solo transformado urbanisticamente (urbano)
- solo apto para o proceso urbanizador (urbanizable)
- solo preservado de tal proceso (non urbanizable)

A Lei 9/2002 de Galicia mantén as mesmas clases de solo que estableceu a Lei do solo de Galicia: solo urbano, solo urbanizable, solo de núcleo rural e solo rústico, pero modifica os criterios de clasificación para adaptalos ó novo marco da lexislación estatal. A lexislación estatal non lle impide ó lexislador autonómico establecer outras clases de solo diferentes, sempre que se poida establecer a equivalencia ou correspondencia coas clases de solo definidas na LRSV.

A delimitación do contido urbanístico do dereito de propiedade cumprese a través das técnicas de clasificación e cualificación do solo. A técnica principal para diferenciarlos distintos réximes xurídicos a que deben suxeitarse tódolos terreos consiste na división destes en distintas cla-

ses de solo (clasificación) e posteriormente, unha vez aprobado o instrumento de planeamento máis específico de cada unha desas clases de solo, na regulamentación detallada do uso pormenorizado e condicións de edificación (cualificación). O planeamento urbanístico é o instrumento de determinación da clasificación e cualificación dos terreos.

A continuación, o relator fixo un minucioso estudio dos conceptos das distintas clases e categorías de solo establecidas na Lei 9/2002 e analizou os seus antecedentes na Lei do solo de Galicia e a súa equivalencia coas clases de solo que fixa a LRSV; así mesmo, referiuse á xurisprudencia recente nesta materia como a STS do 2 de abril de 2002.

Para completa-la análise da clasificación do solo, expuxo os dereitos e deberes dos propietarios de cada tipo de solo, segundo o establecido na vixente Lei 9/2002, sempre en comparación co réxime existente na regulación anterior, a Lei do solo de Galicia.

Respecto ós criterios de ordenación, sinalou que a ordenación detallada do solo urbano consolidado debe quedar establecida no plan xeral mentres que no caso do solo urbano non consolidado pode estar contida directamente no plan xeral ou quedar diferida a un futuro plan especial de reforma interior. Co obxectivo de facilita-lo desenvolvemento inmediato do solo urbanizable delimitado, a lei habilita o plan xeral para establecer directamente a súa ordenación detallada; aínda que tamén é posible que o plan xeral decida non ordenar directamente este solo e opte por remiti-la ordenación detallada ó correspondente plan parcial. Para o desenvolvemento do solo urbanizable non delimitado, será necesaria sempre a formulación do correspondente plan de sectorización. No caso do solo de núcleo rural, a lei establece o principio de fomenta-la súa ordenación e mellora, evitando a degradación e a perda das construcións tradicionais, favorecendo o uso e aproveitamento do medio rural; a propia lei establece as condicións de uso e edificación dos núcleos rurais nos seus artigos 26 e seguintes e a súa ordenación detallada correspóndelle ó plan xeral e ó plan especial de protección, rehabilitación e mellora do medio rural.

Xa para remata-la súa intervención, referiuse ó réxime transitorio previsto na Lei 9/2002, que ten como criterios xerais:

- Os plans vixentes no momento da entrada en vigor da Lei 9/2002 conservan a súa vixencia coas regras establecidas na disposición transitoria primeira.
- Quedan derogadas as disposicións que se opoñan ó disposto na nova lei, coas excepcións que se derivan da disposición transitoria primeira.
- Mantense a clasificación do solo establecida no planeamento, salvo o suposto da disposición transitoria 1.1.d).

A Lei 9/2002 mantén a clasificación do solo establecida polo planeamento urbanístico en vigor mentres non se produza a adaptación do planeamento xeral á nova lei, coa única excepción dos terreos incluídos no ámbito da servidume de protección de costas fixado na Lei 22/1988, ou no ámbito dos espacios naturais protexidos pola Lei 9/2001, de conservación da natureza.

O último relatorio da xornada «Procedemento urbanístico. Clases e plans. Procedemento de elaboración. Competencias para a súa aprobación» correu a cargo de **Vicente Ruiz Soldevilla**, subdirector xeral de urbanismo na Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda. Comezou recordando a situación de alerta xeral pola situación urbanística non desexable, polo incumprimento da legalidade nalgúns casos, pola existencia de plans municipais anticuados, que se viviu en Galicia no ano 2001, e que abriu o debate entre políticos, urbanistas e cidadáns en xeral. Tal situación levou ós responsables da política urbanística galega a tomar cartas no asunto en forma de acordo entre a Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda, determinados Concellos de Galicia (A Coruña, Vigo, Lugo, Pontevedra, Ferrol, Santiago de Compostela, Brión, Culleredo, Chantada, Ortigueira, O Irixo, Forcarei) e a Federación de Municipios e Provincias de Galicia (FEGAMP). O 27 de xullo de 2001 aprobaron o Acordo marco sobre a reforma do urbanismo en Galicia no que se sinala a necesidade de potencia-la conciencia cidadá sobre a ordenación do territorio e o urbanismo, e impulsa-la reforma lexislativa urbanística co máximo consenso dentro do marco básico da lexislación estatal e cos criterios da sentenza do Tribunal Constitucional do 11 de xullo de 2001, distribuíndose as competencias entre a Administración autonómica e as administracións municipais. O dito acordo creou unha comisión normativa que elaborou o Proxecto de lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, que finalmente foi debatido e aprobado polo Parlamento de Galicia o 30 de decembro de 2002.

Fixo un recordatorio da Lei 1/1997, á que, en definitiva, estamos bastante sometidos, porque gran parte dos planeamentos están redactados e aprobados definitivamente con esta lei. Conforme ó dito texto legal, a ordenación urbanística e do territorio levarase a cabo, en ámbitos supramunicipais, a través de normas provinciais de planeamento e directrices de ordenación do territorio; e, no ámbito municipal, a través de plans xerais de ordenación municipal e de proxectos de ordenación do medio rural. Expuxo, con claridade, o concepto e finalidade de cada un destes instrumentos de ordenación.

A Lei 9/2002 non significa un abandono da Lei 1/1997, senón que como recolle a súa exposición de motivos, é unha posta ó día e un in-

tento de mellora daquela lei. A súa finalidade esencial é mellorar substancialmente a calidade da ordenación urbanística de Galicia coa intención de favorecer-lo desenvolvemento equilibrado e sostible do territorio, eleva-la calidade de vida e a cohesión social da poboación, protexer e potencia-lo patrimonio natural e cultural e garanti-lo dereito constitucional a gozar dunha vivenda digna.

Na nova lei prevese que a ordenación urbanística se levará a cabo a través de normas subsidiarias e complementarias de planeamento, e de plans xerais de ordenación municipal.

As normas subsidiarias e complementarias de planeamento son de aplicación nos municipios que carezan de planeamento municipal. Delimitan solo urbano e núcleos rurais. Poden defini-lo ámbito de sectores de solo urbanizable delimitado para o solo empresarial público ou para vivendas de promoción pública. A formulación das ditas normas correspóndelle ó conselleiro competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio.

O plan xeral de ordenación municipal pode abarcar un ou varios municipios e ten como función esencial a ordenación integral do territorio, que se concreta nas seguintes determinacións:

- A clasificación do solo para a aplicación do réxime xurídico que corresponda.
- A definición dos elementos fundamentais da estrutura xeral adoptada para a ordenación urbanística do territorio: asignación de usos e niveis de intensidade, sistema de comunicacións, sistema de espazos libres e sistema de equipamento comunitario.

Analizou as determinacións do plan xeral respecto a cada clase de solo.

O plan parcial é o instrumento de planeamento que desenvolve detalladamente a ordenación dun sector do solo urbanizable. É un plan operativo, é dicir, aquel utilizado para o desenvolvemento das determinacións dos plans de ordenación integral ou estruturantes.

Os plans de sectorización poden entenderse como figuras con certa semellanza ós programas de actuación urbanística e plan parcial da Lei do solo e 1976. Delimitan o sector e definen os sistemas xerais.

Os plans especiais de protección poden formularse con, ou sen, plan xeral municipal. A súa finalidade é a de establecer medidas urbanísticas de protección para unha área ou elemento. Poden referirse a calquera clase de solo, así como a varios municipios e establece-las medidas de protección necesarias.

Os plans especiais de reforma interior soamente se formularán en solos urbanos non consolidados e deben estar previstos e delimitados nos plans xerais.


Os plans especiais de infraestructuras e dotacións poden formularse en calquera suposto e en calquera clase de solo, pero coa única finalidade de establecer e ordenar ámbitos de infraestructuras, equipamentos ou espazos libres, sen que se altere o modelo territorial.

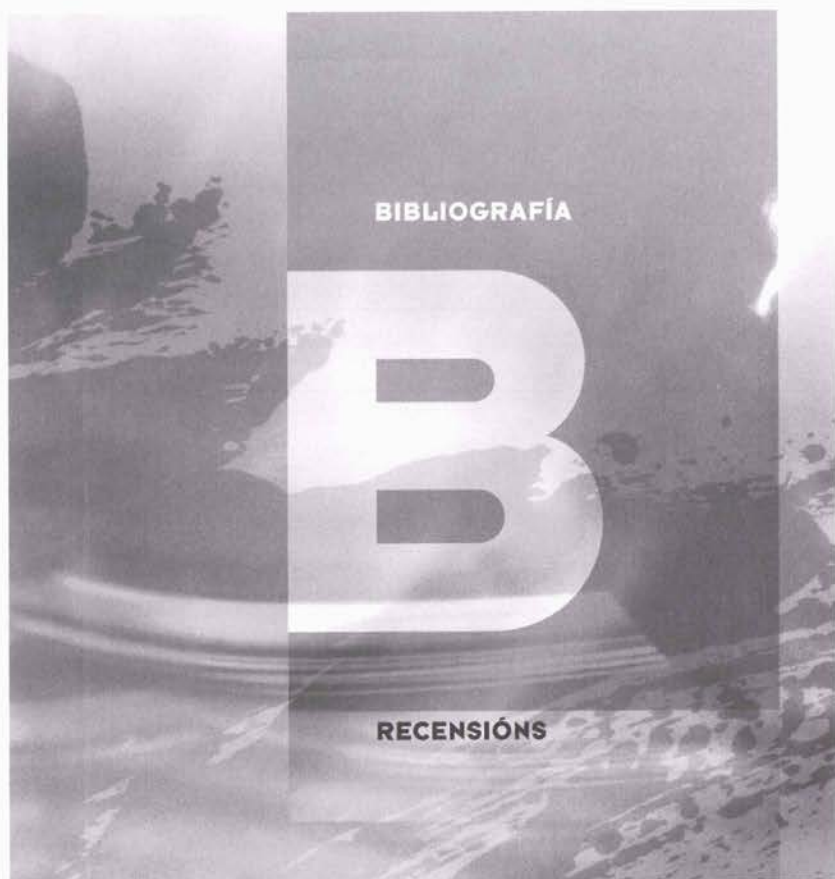
Os plans especiais de protección, rehabilitación e mellora do medio rural poden formularse en calquera situación, aféctanlle ó solo de núcleo rural e ó solo rústico. Delimitarán áreas homoxéneas, segundo valores e características do medio rural. Regulará en detalle os usos e a edificación en coherencia co carácter do medio e cos obxectivos de conservación e protección.

Os estudos de detalle formularanse en desenvolvemento de plans con ordenación pormenorizada, en solo urbano, urbanizable e incluso en solo de núcleo rural.

Xa para finalizar, falou do procedemento de elaboración dos distintos instrumentos de ordenación, referíndose á competencia da Administración local e da Administración autonómica para a súa formulación e aprobación.

No serán tivo lugar unha mesa redonda da que formaron parte os tres relatores antes citados, e estableceuse un enriquecedor coloquio entre aqueles e o público asistente, que participou activamente. Así, puidemos comprobar que a casuística en materia de urbanismo é moi ampla, ó xerar interesantes cuestións que os relatores tentaron resolver.

Estas xornadas ofrecéronlles ós participantes unha visión tanto práctica como xurídica da singular realidade urbanística da nosa comunidade autónoma e, de seguro, que lles resultaron de utilidade para o seu traballo profesional diario. 



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIONES

Las prácticas aduaneras en las zonas y depósitos francos

José Ramón Astarloa Sáenz

Monografías fiscais patrocinadas pola Zona Franca de Vigo, 2003

Las *prácticas aduaneras en las zonas y depósitos francos*, da autoría de D. José Ramón Astarloa Sáenz, preséntase como unha obra eminentemente práctica, destinada a facilitarles ós usuarios da áreas exentas, o coñecemento das operacións que poden ser desenvoltas nos seus recintos e dos trámites aduaneiros esixidos en cada caso.

Baixo o título da obra encérrase unha aparente contradicción: a referencia a prácticas aduaneiras en instalacións que teñen como característica esencial, por definición, a inaplicación, precisamente, da regulamentación aduaneira no seu ámbito de actividade. Contradicción aparente, pois se, para o leigo nestas materias, a contradicción se fai paradoxo, para o experto, tórnase en aceptación proverbial desa íntima síntese-antitética, orfandade de control.

Contradicción ligada ó puro ámbito aduaneiro, conceptualmente considerado, por riba de nacionalismos ou idiosincrasias particularistas de países ou estados. O propio Código aduaneiro da Unión Europea, cando se refire a isto, as zonas e depósitos francos, defíneos, nunha pirueta dialéctica verdadeiramente destacable, como partes do territorio aduaneiro da comunidade, onde, con todo, as mercancías non comunitarias nelas situadas considérase que non se encontran no territorio aduaneiro da comunidade, para os efectos de aplicación dos dereitos de importación e das medidas da política comercial.

Nas súas orixes, e como primeira figura de exención aduaneira, creouse o «porto franco» como territorio situado fóra do territorio aduaneiro propiamente

dito do país. Canarias, Ceuta e Melilla son recoñecidos así no ano 1852, como a figura máxima de exención aduaneira. Sen embargo, pronto se viu que dentro da península tamén se precisaban estes portos francos onde non existise a esixencia arancelaria, onde as terceiras mercancías non adquirirán dereitos e, ademais, se puidesen transformar noutros produtos diferenciados. Así nacen por aquela necesidade exposta, as «zonas francas», no ano 1929 en Barcelona e Cádiz, e, aínda antes, os depósitos francos de Barcelona, ano 1916, ou de Bilbao e Santander no 1919.

Nas zonas ou depósitos francos, as autoridades aduaneiras exercen, con carácter xeral, unha vixilancia e control dende o exterior, ó considerarse que as mercancías alí almacenadas están fóra do territorio aduaneiro comunitario. Non obstante, forman parte deste territorio os espazos ocupados polas mencionadas zonas ou depósitos.

Como excepcións a esta regra xeral, si se realiza nas zonas ou depósitos francos unha ampla gama de operacións de gran transcendencia, que necesitan a intervención das aduanas de control, tanto sobre o procedemento documental como sobre as propias mercancías afectas.

Neste libro, en palabras do autor, trátase de darlles a coñecer ós usuarios das zonas ou depósitos francos, cáles son esas operacións, para moitos sen o aproveitamento debido por descoñecidas, pero que teñen unha importancia singular dentro da industria e o comercio exterior. Plasmou nesta obra os alicerces que na orde económica ofrecen e, sen ningunha dúbida, este manual facilita a actuación, ó pormenoriza-los procedementos aduaneiros que demandan tales operacións, dende a solicitude para inicialos, ata o trámite de ultimación.

Por último, apuntar que o manual consta de seis partes claramente diferenciadas e de 21 anexos:

1. Casos nos que deben presentarse á aduana de control tanto as mercancías como a documentación aduaneira.
2. Operacións permitidas a mercancías non comunitarias durante a súa estancia nas ZDF, con intervención e trámites aduaneiros.
3. Almacéns de avituallamento.
4. Depósito fiscal.
5. Almacén fiscal.
6. Áreas exentas-ive.

Estamos, en suma, ante un traballo importante e necesario, que cobre un baleiro non cuberto ata agora, polo que o labor do autor case se pode cualificar de pioneiro. Non é fácil vulgar unha obra deste tipo nunhas curtas liñas, pero doume por satisfeito se se contribúe a unha maior difusión dela.

Xosé Antón Barreiro Pereira
Avogado

Mitología jurídica de la Modernidad

Paolo Grossi

Traducción de Manuel Martínez Neira

Editorial Trotta, Madrid, 2003. 93 pp.

Define o *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* a voz 'mitología' como «la historia de los fabulosos dioses y héroes de la gentilidad. A voz 'mito' aparece descrita de xeito igualmente lacónico como «aquella fábula, aquella ficción alegórica en materia religiosa» (Cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. 20ª edición. Real Academia Española, Madrid, 1984. Tomo II, p. 915). É indubidable pois que, á vista do expresado polo mencionado diccionario, a idea de mitoloxía reconduce inexorablemente á idea de relixión, de certas fábulas de contido marcadamente moral, en última instancia, a reflexións sobre os modos de comportarse na orde social, sobre as conductas dos seres humanos e as súas correspondentes sancións ou reaccións. Todo relato mítico é expresión depurada de paixóns e sentimentos humanos (independentemente de que os seus protagonistas sexan deuses, semideuses ou simples mortais). É precisamente por ese motivo que a mitoloxía debe ter presente o xurídico coma un dos seus integrantes. A estreita interacción entre moral, dereito e relixión, sobre todo nos estadios primitivos das diferentes comunidades, converte os mitos, en moitas ocasións, en expresión sinxela, clara e directa das regras que deben rexer un pobo. As lendas e os mitos son, pois, na liña da Escola histórica do dereito, outra manifestación máis do espírito popular onde se dá conta das solucións xurídicas que a conciencia da xente do común presenta ante o conglomerado de novas necesidades e circunstancias que rodean a cada vez máis complexa vida social. Os mitos gregos exemplifican esas realidades, esas reaccións, os castigos

divinos e humanos ante certas actitudes, co ánimo de educar, de moralizar, de mostra-lo camiño recto. Non se debe esquecer que tódalas ordes compulsivas forman un todo homoxéneo no pensamento helénico. A mitoloxía é, pois, en boa parte dos casos, xurídica.

¿Existe unha mitoloxía moderna? ¿Non se cualificou a modernidade precisamente de todo o contrario á persistencia dun pensamento mítico? ¿Son os seus atributos contrarios á mitoloxía? ¿Non aspiraba Comte á superación dos estadios teolóxico e filosófico para acadar dun modo pleno e definitivo o estadio científico ou positivo, onde as ciencias servirían para explica-la totalidade dos acontecementos que nos circundan? ¿Queda sitio para unha mitoloxía, vinculada a ese «pensamento salvaxe» ó que aludía Lèvy-Strauss, mitoloxía que pola súa esencia non pode ser atrapada polos lazos estreitos da racionalidade? Os adxectivos cos que se adornou este substantivo, a modernidade (no que ignoro se aínda estamos, persistimos ou simplemente se trata dun novo cadáver histórico, que deu paso a unha era «protocibernética»), impediron en principio unha vinculación exacta co concepto de mito na súa vertente relixiosa, espiritual. A modernidade é o máis afastado dunha espiritualidade colectiva e sen ela non se pode construí-lo mito. A espiritualidade colectiva ten a súa condensación no campo relixioso. Recórdese que foi Feuerbach quen converteu a Deus nunha mera proxección dos desexos e esperanzas dos homes. Pero o home necesita crer en algo. Anselmo de Canterbury formulou a famosa frase *credo ut intelligam*, creo para comprender, expresión da dependencia da razón respecto á fe, da filosofía respecto á teoloxía, *ancilla Theologiae*. Secularizando o seu pensamento, pódese afirmar que o home cre porque necesita crer, independentemente dos contidos materiais cos que se enche esa crenza. Sempre e en todo lugar, o home acode a mitos, a heroes, a seres extraordinarios que o salven da mediocridade imperante, que axuden a camiñar con novos ánimos, que permitan fixar obxectivos, resultados, fins, aspiracións. Eses ideais son fábulas en moitas ocasións, pero son necesarias. Como O dourado, mito colectivo, que se converteu nun dos elementos decisivos para o coñecemento, movido pola avaricia, do continente americano. Tamén a modernidade sucumbiu ós encantos das lendas e tamén o dereito moderno se fixo eco desta proverbial tradición humana. Grossi advírtenos nas primeiras páxinas da súa obra que a aparición dunha mitoloxía xurídica supón a transformación do coñecemento en crenza: «(...) un grueso y enmarañado nudo de certezas axiomáticas se ha ido sedimentando lentamente en el intelecto y en el corazón del jurista moderno, un nudo que ha sido aceptado pasivamente, que ni siquiera se ha planteado discutir porque aparece fundado sobre un lúcido proyecto originario de mitificación: mitificación como proceso de absolutización de nociones y principios relativos y discutibles, mitificación como traspaso de un proceso de conocimiento a un proceso de creencia» (pp. 15-16). Iniciouse, pois, o camiño cara á construción dunha relixión xurídica, cos seus dogmas de fe, cos seus misterios, cos seus arcanos. O xurista admíteos, acéptaos, sen conciencia crítica, sen sabe-la súa orixe, o seu fundamento, a súa razón de ser.

Admítese tradicionalmente que o nacemento da filosofía se expresa coa famosa frase «paso do mito ó logos», tránsito desde a explicación fantasiosa, mitolóxica, supersticiosa do universo á súa explicación racional. No século XVI, era Francis Bacon quen lle encomendaba ó filósofo a loita aberta contra os ídolos, outra forma de mitos. A investigación necesita a liberación de prexuízos e de esquemas preconcebidos na medida en que poidan incidir no resultado final. Hai que combater tanto os *idola tribus* (prexuízos da especie humana, inherentes á súa natureza, procedentes dos sentidos), os *idola specus* (da tribo), os *idola fori* (da sociedade) e os *idola theatri* (os de autoridade, fundados no prestixio do que gozan algúns no escenario público). A obra que comentamos é, precisamente, unha destructora do *idolas iuris*.

Non é preciso presentar aquí o profesor Paolo Grossi, nin glosa-la súa voluminosa obra. A xente familiarizada co labor do *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* da Universidade de Florencia é consciente de que tanto el coma os seus máis egregios discípulos (os profesores Costa, Fioravanti, Sordi, Cappellini, Mannoni, entre outros), constitúen un dos grupos de traballo máis sólidos, rigorosos e convincentes de todo o panorama historiográfico europeo. As liñas de investigación que cultivan non se detiveron exclusivamente no campo da historia do dereito medieval, moderno ou contemporáneo, senón que se proxeccionaron cara á actualidade máis rabiosa, cara ó comentario desde a óptica histórico-xurídica do conxunto de transformacións que estamos vivindo. A reflexión sobre a esencia do dereito, así mesmo, brindou algunha colaboración recente na que, con linguaxe clara, sinxela e directa –non en van a obra está inspirada nas leccións introductivas que Grossi vén desenvolvendo desde fai anos para os alumnos de primeiro ano de licenciatura na Universidade de Florencia–, expón os recantos do mundo do dereito, do que é boa mostra o seu traballo *Prima lezione di diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003; síntese feita con bo gusto, mellor literatura e o suficientemente gráfica e expresiva para satisfacer os intereses do perito e do lego en cuestións xurídicas. Desta forma, o laboratorio florentino erixiuse por dereito propio nun dos máis fecundos centros de investigación, como acredita a realización de numerosos congresos e encontros, a continuada publicación dos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, a *Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* cun amplo abano de temas nos seus números monográficos, imbuídos todos estes logros culturais dunha tendencia á ruptura das fronteiras habituais nas que se acantonou tradicionalmente a historia do dereito e buscou a dimensión práctica, útil, tanxible do coñecemento histórico do fenómeno xurídico, de todo fenómeno xurídico. Achegando os datos da realidade empírica, comparando situacións, aproveitando exemplos procedentes de tempos remotos, traspoñendo experiencias, conseguiuase converter-la historia xurídica nunha historia actual, viva, afastada desa «historia anticuaria ou monumental» que tanto anoxaba a Nietzsche. Quizais sexa esta a dirección que debemos ou que debe ser copiada. Recentemente o profesor Sánchez-Arcilla aludía á necesidade de que a historia

do dereito se insira plenamente como o eixo conceptual elemental da ciencia xurídica, como disciplina básica para o coñecemento de todo proceso xurídico (Vid. Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 447 e ss.). O camiño florentino pode servirnos de guía.

O pequeno, pero intenso e suxectivo, volume que é obxecto da presente re-
revisión crítica componse de tres ensaios, orixinados noutras tantas conferen-
cias dadas en sedes diversas como se indicará a continuación. A obra foi
publicada inicialmente en italiano pola prestixiosa editorial milanese Giuffrè no
ano 2001. Na nota introductoria, Grossi formúlase, no que é unha constante en
toda a súa produción científica, dun modo claro cál é o papel que lle corres-
ponde ó historiador do dereito. Non hai dúbida: trátase da conciencia crítica do
estudioso do dereito positivo. O historiador do dereito, como sucede con todo
historiador, é desconfiado por natureza. Non abonda con recibilos datos, ele-
mento capital do que facer historiográfico; hai que actuar sobre eles coas armas
da lóxica e da razón, co método que se asumira como propio: hai que saber de
ónde proceden aqueles, cómo chegaron ata nós, qué camiños e influencias se-
guiron, se son ou non veraces, se é factible ou non detectar modificacións pro-
ducidas polo tempo e polos axentes que operan neste, falsificacións, cambios,
alteracións, así como as razóns recónditas que os inspiran, etc. Evidentemente,
o historiador aparece así mesmo como «erudito coñecedor do pasado próximo e
remoto», se ben, como o propio autor advirte, atopámonos neste caso ante un
papel nobre, pero menor, que aparece reconducido en última instancia a un sa-
crificio de corte intelectual, a unha auténtica renuncia (p. 15). O obxecto deste
criticismo constitúeno os dogmas que a modernidade consolidou ó longo dos sé-
culos XIX e XX. Este traballo é un auténtico disparo á liña de flotación dalgun-
has das crenzas máis consolidadas e arraigadas no pensamento xurídico europeo
contemporáneo; algúns dos seus heroes, caso de Kelsen, non saen moi ben pa-
rados deste enfrontamento. Para desmontalos, Grossi acode a un método sim-
ple: a comparación, que agudiza o sentido crítico da perspectiva. A comparación
conduce á comprensión; a comprensión, á redución, non como valoración ne-
gativa, senón como recondución do fenómeno á súa medida histórica real (p.
19). Efectúase así unha «revisión crítica de algunos fundamentos de la moder-
nidad jurídica aceptados pasivamente como una dogmática meta-temporal y to-
davía demasiado absolutizados en la mente del jurisconsulto contemporáneo»
(p. 20). A misión do historiador do dereito é, reitera na p. 68, o oficio de com-
parar, relativizar, diferenciar: historiador é aquel que «advirte la trampa del
dato terminológico, prefiere abandonar el simulacro unitario y bajar a la reali-
dad histórica que está, por el contrario, marcada esencialmente de inagotable
discontinuidad» (p. 68). Comeza aquí esta actividade deconstructiva.

O primeiro dos ensaios ten a súa orixe nunha lección pronunciada na Uni-
versidade de Pisa no ano académico 1998-1999, co título «¿Justicia como ley o
ley como justicia? Anotaciones de un historiador del derecho» (pp. 21-38). O

dilema está presentado non desde a clásica contraposición entre dereito natural monista e dereito positivo dualista, senón desde a perspectiva histórica. Concretamente, Grossi propón un novo camiño de revisión. O dilema é coñecido. A lei adornouse de certos atributos (xeneralidade, abstracción, rixidez, indiscutibilidade do seu contido), que a fan incuestionable, indubidable, e provocou a errónea identificación do dereito coa simple lei, coa que debería ser considerada simplemente como unha soa das súas múltiples e plurais manifestacións. Isto implicou unha consecuencia: a desconfianza por parte do común dos homes. Intervén o historiador do dereito para mostra-lo relativismo desta solución que é froito dunha «elección política próxima a nosotros» (p. 23), que, por tanto, non pode ser conceptualizada como un dogma, como a resposta definitiva, plena, ansiada. ¿Como mostrar ese relativismo? Mediante a comparación. A resposta non está no vento, senón no medievo (obxecto dun dos traballos máis celebrados de Grossi, *L'ordine giuridico medievale*. Editori Laterza, Bari, 1995, cunha traducción española de 1996). A Idade Media é ese marabilloso taller onde a dimensión xurídica «circula constantemente por las venas del organismo medieval» á cal se profesa un respecto total e innegable, fronte á instrumentalización que domina na época moderna: «Lo que en el primero aparece entre los fines supremos de la sociedad civil, en el segundo resulta un instrumento, aunque relevante, en manos del poder político contingente» (p. 24).

O mundo medieval achega unha visión da orde xurídica no estatal (o cal non significa a ausencia dun poder, senón a carencia dun poder omnicompreensivo, totalizador, como o que se construírá na época moderna), que descansa sobre tres piares básicos. A xeración do dereito obedece á realidade histórica, co que non xorde da vontade do gobernante, senón como unha emanación da propia sociedade e loxicamente antecedente, «que nace en las vastas espiras de la sociedad con la que se mezcla, a la que se incorpora» (p. 25): existe o dereito; o poder vén despois. En consecuencia, e nun segundo lugar, non é a voz do poder a que nos fala: o dereito arrinca da sociedade e acaban ámbolos dous por fundirse, dado que a «dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de una realidad social» (p. 26). A terceira consecuencia atopa nesta sociedade a súa raíz e convértese así en cimento de todo un edificio cultural, civilizador. A dulcificación que implica esta visión do dereito, fronte ó predominio dunha linguaxe dura, directa, cortante, típica dos nosos días, achega unha concepción laxa do xurídico, apén-dice da propia dimensión social do home, xerado sen a intromisión de axentes estraños: soamente o home e o dereito se enfrontan nesta formulación. García-Pelayo recordábanos hai tempo como os termos *ius* e *honor* son sinónimos no momento medieval, porque o dereito é creación da comunidade e de cada un dos individuos, razón pola cal o ataque ó dereito se ve como ataque á comunidade e ós seus integrantes, razón pola cal a defensa dese dereito vulnerado correspóndelle tanto á propia colectividade coma ás partes que a conforman. O dereito non é algo alleo ou engadido ó individuo: forma parte da súa ontoloxía,

da súa esencia. Ortega y Gasset destacaba como no medievo ter un dereito e ser capaz de mantelo, de defendelo, eran situacións totalmente equiparables, idénticas, do que se deduce a inexistencia do dereito obxectivo e a pluralidade de dereitos subxectivos, liberdades. Max Weber referíase a un «cosmos de privilexios» para explica-lo mundo xurídico altomedieval. Se ese dereito está dado, está creado, conformado, soamente resta un labor: interpretalo. O dereito, di Grossi, concíbese como interpretación, «trabajo de una comunidad de juristas (maestros, jueces, notarios) que, sobre la base de textos autorizados (romanos y canónicos), lee los signos de los tiempos y construye un derecho auténticamente medieval, a costa de ir más allá e incluso contra lo expuesto en esos textos que a menudo asumen el reducido papel de momento de validez formal» (p. 27). Tomás de Aquino será quen leve á súa máxima expresión esta posición ó formula-la súa coñecida definición da lei humana como ordenación da razón, dirixida ó ben común, promulgada por quen ten ó seu cargo o goberno da comunidade. Os tres aspectos expostos polo aquinatense amosan á perfección as dimensións do fenómeno xurídico desde a perspectiva da creación: o núcleo esencial (norma que debe ser ordenación e ser racional), a teleoloxía da norma, a autoridade que debe realizala e actuala posteriormente. A modo de recapitulación, Grossi equipara a figura do dereito a unha realidade óntica, escrita na natureza das cousas, realidade radical, xa que emana das raíces da mesma sociedade e por isto se identifica co costume, con aqueles «hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una civilización histórica» (p. 29).

Fronte á visión medieval, na que se produce un entrecruzamento, unha amalgama do social (obxecto) e do xurídico (método de ordenación), a modernidade simbolizada no nacemento paulatino dos diferentes reinos (o modelo é Francia, que constrúe un sistema político de corte marcadamente absolutista, estatalista, entre os séculos XIII e XVIII). A sociedade, o colectivo, dá paso ó príncipe, suxeito solitario e illado, «individuo modelo y modelo de todo individuo» (p. 30), quen dunha forma desapaixonada, indolente se se quere, procede á creación do dereito conforme xa á súa soa vontade. Aparece a soberanía e o seu gran teórico: Jean Bodin. Ese príncipe «no ama las mortificaciones provenientes de la realidad de este mundo, que no está en diálogo con la naturaleza y con la sociedad, que tolera la humillación de ser simple parte de una relación. Él -individuo en absoluta insularidad- tenderá a proyectar hacia fuera una voluntad perfectamente definida, que encuentra en él toda posible justificación» (pp. 30-31). Ese príncipe trastorna a idílica paisaxe medieval ata agora contemplada. Pasamos, pois, a unha serie de presupostos diferentes ós que ata entón se xeraran. A súa vontade, o seu desexo, a ausencia de conexión do dereito coa armazón social, a tecnificación do mundo xurídico, a aparición dos letrados, etc. En certa maneira, prodúcese un baleiro substancial. Fronte á lei medieval, plena de contido, aparece a lei moderna, acto de volición autoritaria do titular da nova soberanía e caracterizada polas notas de xeneralidade e de rigidez. Así o expresará Montaigne nos seus *Essais*. Disto deriva unha terrible con-

secuencia: a lei convértese en pura forma, acto sen contido, acto que posúe un carácter legal que non depende dun contido concreto, senón da súa procedencia soberana. Dá igual cómo se procede a enchelo: o importante é o requisito formal; o contido é secundario e presúmese a súa concordancia co resto do dereito, se é que este existe, ó depender da soa vontade do autócrata o seu respecto e a súa conservación. Os séculos XVIII e XIX non farán senón acentuar esta concepción. A expresión máis acabada témola na Codificación francesa, de onde emanan apotegmas que hoxe son considerados como tópicos, pero que expresan á perfección ese estado de ánimo xurídico do momento: o xuíz é a boca que di as palabras da lei (soa e exclusivamente); o imperio da lei convértese na aspiración da orde xurídica; o recurso de casación defende a aplicación uniforme e textual da norma legal sen darlles cabida a labores esexéticos doutro signo, a Escola da eséxese que renuncia a calquera elemento metaxurídico para interpreta-las normas, etc. En suma, construíuse un sistema que se fundamenta na mística da legalidade, do poder lexiferante que substituíu ó soberano (cambio de titularidade, pero identidade de resultados: poder absoluto na súa actividade, se ben con matices procedentes do ámbito anglosaxón; a constitucionalidade das leis tarda en arraigar na Europa continental). O resultado final: a fusión de dereito e lei, a súa identificación, situación que Grossi concibe como o gran drama do mundo moderno: «la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua, como decíamos al principio» (p. 36). ¿Trátase de volver ó momento medieval? ¿Trátase de resucita-lo pasado? Non. Simplemente se debe aproveita-lo que de benéfico hai na antigüidade e recordar, polo tanto, o engarce que debe existir, por cuestións naturais, lóxicas, entre unha sociedade que necesita o dereito e un dereito que necesita da sociedade, máxime cando nos actuais momentos a dinámica social provoca cambios incesantes, que fan que o dereito se converta moitas veces nun simple certificado de actos consolidados, nun notario dun *statu quo* xurdido á marxe deste, pero que debe acoller no seu seo, perdendo a función de cambio, de orientación que lle debe corresponder a este pola súa propia esencia. O historiador do dereito debe de actuar precisamente para arrancar esta enfermidade dogmática desde as súas raíces. ¿Como? Mostrando que outros universos xurídicos son posibles, que outra conformación da realidade xurídica se pode facer factible recorrendo ó expediente do pasado. A crítica é evidentemente constructiva, non simplemente demoledora.

O segundo dos traballos compilados «Más allá de la mitología jurídica de la Modernidad», pp. 39-65, texto tomado da conferencia pronunciada ó recibi-lo autor o *Premio Internazionale Duca di Amalfi* no ano 2000, procede a unha depuración dos dogmas modernos xa anteriormente apuntados. A mitoloxía, segundo Grossi, aparece claramente como construción intelectual dunha metarrealidade: «Para esto sirve el mito en su significado esencial de transposición de planos, de proceso que compele a una realidad a completar un vistoso salto a otro plano transformándose en una metarrealidad; y si toda realidad está en la historia, de

la historia nace y con la historia cambia, la metarrealidad constituida por el mito se convierte en una entidad metahistórica y, lo que es más importante, se absolutiza, se convierte en objeto de creencia más que de conocimiento» (p. 41). A modernidade necesita do mito porque precisa aferrarse a algo absoluto: o mito suple o baleiro, a carencia, perigosa para a propia estabilidade da sociedade. Os distintos caracteres do dereito moderno fan que xurdan os correspondentes mitos ó seu redor: o valor incuestionable da lei como expresión dunha pretendida vontade xeral, a matematización da interpretación xurídica por medio da vía da subsumción (plenamente leibniziana), o abandono da noción de xustiza material ou axiolóxica, a visión potestativa do dereito, a reformulación de formulacións positivistas que atopan en Kelsen a súa máis alta expresión, etc. Fronte a todos estes postulados, case convertidos en verdades de fe, a postura do xurista (e Grossi volve sobre os seus argumentos xa coñecidos) debe se-la do extremo criticismo e a recuperación da sociedade como medida e resultado do xurídico. «Urge, señala el autor en p. 45, recuperar la juridicidad más allá del Estado y más allá del poder, urge recuperarla para la sociedad como realidad global, con una recuperación que es, ante todo, oficio de jurista». A sociedade débese converter así no parámetro que mida non só a eficacia, senón incluso a validez do dereito. O vínculo sociedade-dereito debe poñer de manifesto a complexidade deste último: «Espejo de la sociedad, refleja su estructura abigarrada, estratificada y diferenciada» (p. 46). O dereito xa non pode ser concibido desde un prisma unilateral e simplificador.

A continuación, Grossi repasa os mitos e impúgnaos con argumentos sólidos e convincentes. Á visión potestativa do dereito, creación do poder, representada polo formalismo kelseniano, opón aquela acertada visión de Santi Romano do dereito como «ordenamento», é dicir, como unha expresión da sociedade en toda a súa extensión e en toda a súa plenitude. O dereito non pode ser visto como orde monolítica, creada á marxe dos valores, operadores e principios colectivos, senón que debe incardinarse precisamente na senda que a propia sociedade e cada un dos seus integrantes lle van trazando. Soamente o engarce entre sociedade e dereito permite a realización da plenitude de aspiracións da unha e do outro. Sen esa concordancia, o dereito non lle serviría á colectividade á que, paradoxicamente, lle tería que servir; se a sociedade non emprega o dereito como técnica, produciríase o consecuente caso, a desorde, a anarquía. Non debemos esquecer-las palabras de Goethe: é preferible a inxustiza á desorde. Aquela pode repararse; a segunda dificilmente pode ser obxecto de reparación porque normalmente significa o tránsito cara a outros novos mundos. A reivindicación do ordenamento é, así mesmo, reivindicación da orde, unha orde que debe ser rigorosa, mais non estricta, que debe regula-lo «indócil mundo dos feitos», se ben respectando a complexidade e a pluralidade da realidade: «Es lo opuesto a masificación y a simplificación forzosa» (p. 54). Novamente a referencia a Tomás de Aquino aparece en toda a súa magnitude.

Finalmente, a interpretación-aplicación debe ser outro dos puntos crítica-

bles, outro dos mitos que cómpre derrubar. Non cabe admitir xa a seca e descarnada forma de aplicación que proclamou Montesquieu e sacralizou a Revolución francesa. O xurista debe proceder a realizar estes labores non desde unha dimensión meramente cognoscitiva: debe tomarse «como vida la norma en el tiempo y en el espacio, encarnación de la norma en cuanto ejercicio, práctica, uso; enfoque que esté dispuesto a aceptar en el panorama jurídico incluso a la comunidad de usuarios con una función no meramente pasiva, que esté dispuesto a admitir no un solo protagonista monocrático (el titular del poder), sino una pluralidad compacta de sujetos» (p. 60). Para cumprir este cometido, dúas son as recuperacións esixibles: o dereito é máis aplicación que norma (conci-bilo coma unha simple pauta de conducta fixada nun texto provocaría o alongamento da vida), e o dereito é, ante todo, ordenamento (a súa autoridade atópase nos contidos que compón e que propón, está en ser lectura obxectiva da realidade, intento de racionalización desta): «Es una autoridad que nace de abajo, que hace que se acepte y observe espontáneamente por la sociedad; la observancia –que es el gran misterio del derecho– pierde así lo repugnante de la coerción. Con el derecho-ordenamiento hasta el hombre de la calle puede reconciliarse» (p. 60). O gran *sanctasanctorum* da legalidade, a mesma lei, sucumbiu ás esixencias teóricas e prácticas das novas sociedades. O fragmento que segue é sumamente expresivo: «La ley vacía era una suerte de forma ingeniosa dentro de la cual el legislador omnisciente, infalible, omnipotente podía hospedar a su arbitrio cualquier contenido. El ordenamiento jurídico, resuelto en un gran esqueleto legislativo, admitía un solo cordón umbilical, el que le unía con el poder, el único del que extraía vitalidad, alimento, efectividad, mientras no reconocía ninguno con la complejidad de la sociedad» (p. 61).

Desmontados os mitos, ¿queda algo aproveitable? Que non se estenda o pesimismo. Grossi, tomando como referencia o labor da Corte constitucional italiana, viu como se produciu unha recuperación da racionalidade como límite da acción lexislativa e do dereito vivo. O formalismo pode ser combatido e pode ser vencido, sen ter que ser erradicado. As novas demandas, necesidades e esixencias da vida actual, cotiá, esixen un dereito activo, dúctil, renovado continuamente, que non se converta en ríxido corpiño, senón en técnica ó servicio da colectividade, un dereito que poida moverse coa velocidade da propia sociedade e que cumpra a súa misión suprema de ordenación e pacificación, sen renunciar abertamente á forma, que é, como se sabe, o prezo que hai que pagar pola seguridade. A identificación dereito-lei debe entenderse xa superada, do mesmo xeito que debe desaparecer-la idea de que o dereito se fai exclusivamente mediante leis e que só o lexislador é suxeito creador. A esixencia, conclúe Grossi, é unha: quitarlle á lei o papel totalizador e socialmente insoportable que a era burguesa lle outorgou (p. 64). Debe se-la sociedade a que fale, a que xere a riqueza xurídica, tal e como sucedía na cidade de Amalfi, crisol de tradicións mercantís e comerciais, á que se refire cun especial cariño histórico no final da súa intervención.

Finalmente, queda un punto por atacar: a materialización dos idearios xurídicos modernos realizouse fundamentalmente por medio dos códigos, obxecto do último traballo recollido: «Códigos: algunas conclusiones entre dos milenios», pp. 67-93, relación final presentada no congreso *Codici. Una riflessione di fine millenio*, desenvolvido en Florencia en outubro de 2000. O código é, cos seus antecedentes iusracionalistas, o fillo máis preclaro da modernidade xurídica. Aparece no século XIX como ruptura nunha triple dirección: nova maneira de concibi-la produción do dereito, nova forma de disciplina-las relacións coas fontes, e nova maneira de presenta-las relacións entre a orde xurídica e o poder político. Fronte á concepción da orde xurídica típica do Antigo Réxime, exemplificada nas recompilacións da Idade Moderna, orde caracterizada por tres notas (era aluvional, ó segui-lo devir da sociedade; era pluralista pola súa intensa conexión coa sociedade e coas súas forzas plurais; e era extraestatal, no sentido de non rexistra-la voz do poder político continxente, aforrando os seus condicionamentos), o codificador opón unha orde antitética: racional, destinada a configura-la sociedade ó seu antollo; único, fronte á diversidade; e fundamentalmente estatal. Esta nova visión, sen embargo, non é exclusiva responsabilidade napoleónica. Grossi fala doutros responsables anteriores: Bodin, Luís XIV, Colbert, Domat e Pothier, entre outros, sentaran as bases para acabar nesta situación de «absolutismo xurídico», cada un coa súa pequena achega (a soberanía, a identificación rei-Estado, as primeiras disposicións xerais estendidas por todo o reino de Francia, o engarce e a adaptación do dereito francés ó dereito romano, explicado «segundo a súa orde natural», entre outros logros). Todo acabou por desembocar nun príncipe, lexislador omnisciente, na identificación da lei co soberano, coa súa soa vontade, cos seus únicos desexos. Gracias a Rousseau, trasponse o soberano, altérase a súa residencia: xa non será o rei, senón o pobo. É indiferente porque a liberdade e o poder son os mesmos, os máis amplos imaxinables. E ademais sen control.

O froito maduro que se obtén de toda esta herdanza xurídica é o código. Grossi destaca varias das características desde: a súa tipicidade está caracterizada pola súa tendencia (o que non quere dicir que se realice sempre, senón que aparece como orientación inspiradora) a ser fonte completa, unitaria e exclusiva. Completa porque se considera a compilación perfecta da orde xurídica, o que todo o contén e todo o resolve, directa ou indirectamente, por medio do seu pormenorizado articulado e por medio da remisión a determinados argumentos como a equidade, o dereito natural ou os principios xerais do dereito; é unitario, reconduce o dereito a unha unidade formal e material, razón pola que é exclusivo, porque fóra del non hai dereito ou, o que é o mesmo, con expresión de Bugnet, é todo o dereito. Sen embargo, estes idearios foron sucumbindo co paso do tempo e son poucos xa os que cren na infalibilidade dos códigos coa mesma fe cega coa que se entregaran os xuristas do século XIX, salvo honrosas excepcións. O substrato desta fe cega no código é a expresión do pensamento burgués e dos principios que o suxeitan (propiedade individual e libre, liberdade

contractual, autonomía da vontade, etc.). A burguesía é a gran triunfadora da Revolución francesa e é lóxico pensar que utilizará os medios que o dereito, o seu dereito, pon ó seu servizo para a realización dos fins que esta se propuña. A transformación social, máis moderada e matizada do que se creu (toda revolución acaba nun proceso de osmose, que leva a contemporiza-las súas formulacións máis radicais pola soa evolución do tempo). A abstracción e a igualdade xurídicas son os resultados finais da ecuación. Evidentemente, isto efectúase por contraposición ó pasado, pero non desde un punto de vista neutral. A burguesía quere materializar eses postulados porque entende que lle van beneficiar. Pero estes acaban convertendo o código nunha «muralla china que separa el mundo del derecho (y de la relevancia jurídica) del mundo de los hechos (y de la irrelevancia jurídica), tan compacta e impenetrable como quizá nunca se había logrado en los largos tiempos de la historia jurídica occidental» (p. 81). O código resulta así incomunicable (a expresión é de Paolo Cappellini), ou, o que é o mesmo, é o resultado dunha monopolización da produción xurídica, instrumento dun Estado monoclasa, centralista que se expresa «en una lengua nacional, culta, literaria, voluntariamente lejana de los mil dialectos locales, los únicos verdaderamente gratos y comprensibles para la masa popular» (p. 83). O código devén autoritario e con isto prodúcese a súa separación respecto da sociedade civil, xa que a creación é o momento máis relevante. A aplicación ou interpretación a penas achega nada e convértese nun simple mecanismo lóxico-formal de transposición de regras abstractas, lineais, simples. O dereito acaba desembocando nunha visión textual deste, tanto na súa esencia coma na súa interpretación.

Reaccións procedentes de Francia (Saleilles, Geny), trataron de mostra-la equivocación de moitos destes postulados, reivindicando o dereito vivo, non fosilizado, practicamente morto en que os códigos se converteron. Evidentemente, na actualidade, a vida dos códigos ten que lles facer fronte a unha serie de consideracións importantes que fan de todo punto obsoleto o modelo decimonónico: o rápido cambio social, comporta a inaplicabilidade dos arquetipos do século XIX, onde a sociedade evolucionaba dun modo máis calmado, pausado e lento, co que podía ser ordenado conforme a categorías non elásticas: hoxe en día, o ritmo frenético impide aprehender moitas veces a realidade ó mesmo tempo que se producen os seus cambios e o lexislador se comporta como un reparador no xurídico de algo que a sociedade xa consagrou ó seu arbitrio e á marxe daquel; a complexidade da civilización e a universalización desdebuxaron o panorama tipicamente estatal sobre o que erixía o código; e o papel das constitucións, na súa acepción contemporánea, contribuíron a desdebuxa-la noción de código ata obrigar a unha reformulación do seu valor, da súa función, dos seus límites e das súas aspiracións. A súa función, di Grossi, é a de ofrecer un amplo marco, un código que opere como formulador de principios: «Es evidente que el Estado no puede abdicar de la fijación de líneas fundamentales, pero es también claro que se impone una deslegalización, abandonando la desconfianza ilustrada ha-

cia la sociedad y desarrollando un auténtico pluralismo jurídico con los particulares como protagonistas activos de la organización jurídica así como lo son del cambio social. Sólo de esta manera se podrá colmar el foso entre cambio social y sistema de reglas jurídicas que hoy percibimos con amargura» (p. 92). O código xa non pode ser concibido ó modo francés revolucionario, napoleónico. É preciso certificar unha ruptura, unha discontinuidade tanto entre o século XIX e o Antigo Réxime, coma entre o século XIX e os tempos actuais. A función do código debe incardinarse dentro dos límites apuntados, debe operar como instrumento moderador e regulador do cambio, atendendo ó que a sociedade vai pedindo ou impondo segundo os casos. Débese volver, pois, ó engarce necesario entre sociedade e dereito, co fin de evita-lo illamento que se deu entre ámbalas dúas instancias. Soamente así o dereito terá sentido. A historia pode subministrar argumentos, modelos, experiencias. Acudamos, pois, a ela tanto para o bo coma para o malo.

Novamente, o mestre florentino deu mostras da súa madurez intelectual, da súa clarividencia, da súa profunda capacidade de análise que lle fai percibir, ó mesmo tempo, o bosque e cada unha das súas árbores, do seu estilo áxil e renovador, da súa visión claramente práctica dunha historia do dereito que debe saír dos seus cuarteis de inverno para mergullarse na sociedade actual, para responder a esta coas armas das que se dispón: o coñecemento histórico, que é coñecemento empírico, dun dereito que foi, que triunfou ou fracasou, pero que posúe uns testemuños que constitúen unha fonte de riqueza indiscutible para a organización do futuro. A historia do dereito é así explicativa, argumentativa, pero non como mera erudición, como coñecemento inútil, senón como coñecemento práctico e real, ó servizo da sociedade e ó servizo do dereito. A senda de Grossi, que non debe converterse en mito ou en dogma, é quizais un dos camiños máis atractivos polos que se debería conduci-la ciencia xurídica dos tempos vindeiros. Isto contribuirá, como sinalaba o autor no prefacio, p. 13, a eludi-las simplificacións e os mitos que constitúen unha hipoteca grave e pesada para a conciencia do xurista italiano, coa misión de pedir unha reflexión máis vixilante e estimulante sobre o cúmulo de nocións e principios basilares da civilización xurídica moderna asumidos como patrimonio supremo, inviolable e definitivo. Así o historiador do dereito debe recupera-la función de conciencia crítica da sociedade e do cultivador do dereito positivo: «Puede contribuir a que viva el presente en su historicidad, punto de una gran línea histórica que nace en el pasado, que no está destinada a terminar en el presente, que por el contrario se proyecta hacia el futuro. De tal manera, el historiador se convierte paradójicamente en garantía de futuro para un estudioso del derecho positivo constantemente sometido al riesgo de un antinatural inmovilismo» (pp. 37-38).

Faustino Martínez Martínez

*Departamento de historia do dereito e das institucións
Universidade Complutense*

Desarrollo sostenible y globalización

Demetrio Loperena Rota

Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2003

L ogo dunha breve introducción, o autor trata o tema da globalización e pon de manifesto que dos tres piares nos que se asenta o desenvolvemento sostenible (desenvolvemento económico, desenvolvemento social e protección ambiental), o desenvolvemento económico é o que provocou que se comezara a falar de globalización con máis intensidade.

O talón de Aquiles da globalización é que non se está a favorecer-lo desenvolvemento social. Os datos sobre a fame, enfermidades, carencia de auga potable, infravivendas, etc. son a constatación deste fenómeno. Precisamente a obviedade do fenómeno do desequilibrio crecente orixinou os movementos antiglobalización. A globalización económica, tal e como se está practicando, é antagónica co desenvolvemento social, polo que necesita ser conducida cara ó desenvolvemento sostenible, que é a única forma en que a liberalización económica poderá ser aceptada pola meirande parte dos países.

Un dos retos da globalización é o de poñer en común coñecementos profesionais, mediante a capacitación ou formación de cadros completos nos países pobres. A través de Internet poden expandirse programas de formación de baixo custo que poden chegar a amplas capas das sociedades en desenvolvemento, e non a unha serie de elites minúsculas, como ocorría ata o de agora. Este é un fenómeno que facilita a comprensión de que componse unha única comunidade mundial e de que todos somos iguais, por canto acceder á información e amosar mundialmente que a nosa é unha extrema simplicidade resulta economicamente barato.

Os trazos físicos e biolóxicos do medio natural fan que non sexa susceptible de ser xestionado desde as caprichosas liñas que debuxan os estados que ocupan hoxe o Planeta. As cuestións culturais ou políticas semellan máis etéreas e nelas o fenómeno globalizador pode analizarse con distintas perspectivas igualmente lexítimas. Pero o quecemento global do Planeta ou a perda da biodiversidade son fenómenos intrinsecamente globais que só se poden abordar desde unha perspectiva mundial. Atopámonos cunha estrutura global planetaria manifestamente inoperante para conduci-los problemas ambientais.

Unha política ambiental baseada nunha visión global dos problemas é absolutamente necesaria para encara-lo reto do desenvolvemento sostible. É un erro, nembargantes, tratar con políticas uniformes a actuación local de protección ambiental. A uniformidade é coma unha enfermidade infantil do racionalismo que cre que as respostas ós mesmos problemas deben ser instrumentos ou técnicas iguais. Mesmas técnicas de política local, idénticos resultados. E iso é empírica e racionalmente incerto. Os elementos físicos poden ser semellantes, os biolóxicos probablemente pouco semellantes, pero o substrato cultural da comunidade humana na que se trata de practicar esa determinada política probablemente debe ser moi diferente. Temos que aceptar estas realidades de base se queremos obter algún éxito na loita contra o deterioro ambiental.

Logo de facer referencia nesta obra ós problemas pendentes aínda de resolución entre os que podemos citar: a débeda externa, o comercio internacional, o financiamento do desenvolvemento sostible, a enerxía, a biodiversidade, os océanos, a pobreza, etc, o autor fala dos tabús como son: as organizacións non gobernamentais, a través das cales se canaliza gran parte da axuda oficial ó desenvolvemento, a demografía, os fluxos migratorios, a economía de mercado, o dereito, a soberanía nacional, os ricos dos países pobres, as relixións, etc.

A globalización da economía está a crear un dereito mundial dos mercados e das mercancías gobernado pola Organización Mundial do Comercio. Nada lle teríamos que obxectar a esta realidade se non se esqueceran do ser humano. O desenvolvemento sostible, na medida en que se debe perseguir para tódolos cidadáns do Planeta, necesita uns parámetros xurídicos comúns compatibles coas especialidades das rexións, estados ou comunidades locais. Hai que poñer-lo ser humano no centro das relacións xurídicas globalizadas e, para iso, é imprescindible que se acepte o estatuto de cidadán do Planeta.

Isto significa que os dereitos e deberes fundamentais para o goce e conservación da Terra e para a satisfacción das necesidades básicas deben ser de carácter universal. En opinión do autor, non se necesitan máis declaracións nin máis tratados, abonda coas existentes para que calquera xurista poida inferir para cada caso cáles son os dereitos e os deberes de calquera cidadán do Planeta. O mantemento da nacionalidade como atributo da persoa, só do cal se poden derivar específicos dereitos e deberes, é un anacronismo que estamos en vías de superar. A dignidade da persoa non depende da súa nacionalidade e tampouco deben facelo os seus dereitos e deberes básicos. Existe, pois, un estatuto

de cidadán do Planeta inducible directamente dos tratados e declaracións relativas ós dereitos humanos, partindo da aprobada polas Nacións Unidas en 1948.

Para iso debemos recoñecer definitivamente como fontes deste dereito non só os tratados internacionais, senón tamén o dereito consuetudinario sobre o cal se consolidaron en moitos países, as declaracións, as opinións dos xuristas máis reputados e as sentencias dos tribunais nacionais ou internacionais. Todo este importante acervo xurídico debe ser considerado dereito vixente, aplicable e tutelable.

O proceso de achegamento entre as xurisdiccións nacionais de xeito que no seu día exista unha xurisprudencia universal sobre dereitos humanos e, en particular, sobre desenvolvemento sostible, estase a producir xa. Por unha banda, os congresos internacionais de xuíces e profesores sobre esta materia son cada vez máis frecuentes e facilítase a creación dun substrato de cultura xurídica común. Por outro lado, nos litixios a remisión á xurisprudencia estranxeira é cada vez máis abundante e mellor aceptada polos xuíces nacionais.

Segundo o autor, o compromiso universal polo desenvolvemento sostible apodera os cidadáns e as institucións que os representan como titulares dun dereito á satisfacción das necesidades básicas opoñible, tamén, fronte a organismos internacionais ou estranxeiros, que estean en posición de poder darlles unha resposta axeitada a esas necesidades insatisfeitas. Isto dá lugar a moitos problemas de orde práctica; pero non é adaptable nun mundo globalizado, comprometido co desenvolvemento sostible, que a satisfacción das necesidades básicas só se poida facer dentro dos muros que representan as fronteiras dun determinado país e, que as axudas que reciban sexan entendidas como doazóns a título gratuito ou sen causa, é dicir, non esixibles polo necesitado.

Isto ten que cambiar social e xuridicamente xa que a cooperación ó desenvolvemento sostible non se debe entender como esmola, senón coma o cumprimento dunha obriga plenamente esixible.

O autor engádelle a esta obra tres anexos: no primeiro deles inclúe a Declaración de Estocolmo de 1972; no segundo, a Declaración de Río de 1992; e no terceiro, a Declaración de Johannesburgo sobre desenvolvemento sostible, do 4 de setembro de 2002.

Para rematar xa esta recensión, só me resta felicita-lo autor pola súa brillante exposición e análise, e anima-los lectores «do Planeta» que de seguro atoparán nesta obra un interesante traballo sobre unha materia de tanta actualidade.

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 conterá 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.



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



XACOBEO 2004
Galicia

