

En el bicentenario de la Constitución de 1812: la primera revolución liberal y el nacimiento de la nación española

43 Regap

ROBERTO BLANCO VALDÉS
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela

Regap

1 Cádiz en la vanguardia del constitucionalismo

El primer motivo por el que la Constitución de 1812 tuvo en su momento, y tiene aún, vista en perspectiva, la extraordinaria relevancia que nadie le discute, guarda directa relación con su gran precocidad, es decir, con el hecho de que el texto de Cádiz fue uno de los primeros que se aprobaron en Europa, o, lo que a los efectos viene a ser lo mismo, uno de los primeros que se aprobaron en el mundo. Como es sabido, la primogenitura corresponde a este respecto a las Constituciones adoptadas del otro lado del Atlántico por las colonias de Nueva Inglaterra después de que el 4 de julio de 1776 se produjese la Declaración de Independencia. Aquellas Constituciones fueron, en todo caso, el antecedente inmediato de la que los delegados de los distintos estados de la Confederación aprobarían en 1787 en Filadelfia, ley fundamental que dio lugar al nacimiento de los Estados Unidos y documento al que, por ello, suele atribuírsele con sólidas razones el carácter de norma jurídica fundadora del constitucionalismo. Dos años después de celebrarse la Convención constituyente de los norteamericanos estalló en Francia la Revolución, que iba a estar en el origen de la aprobación de hasta siete textos constitucionales, alguno de los cuales no llegó nunca a aplicarse: las tres Constituciones del período revolucionario (1791, 1793 o Constitución del año I y 1795 o Constitución del año III) y las cuatro del Imperio: Constitución del año VIII, Senadoconsultos de los años X y XII y Acta Adicional a las Constituciones del Imperio, de 1815.

No debe olvidarse, ciertamente, que, de forma paralela a lo que ya había ocurrido en la península itálica durante el llamado Trienio Jacobino (1796-1799) —período en el que aprobaron bajo el impulso de los revolucionarios franceses varios textos constitucionales, como



los de la República de Bolonia (1796), la República Cisalpina (1797), la República Romana (1798) o la República Napolitana (1799)— y, sobre todo, a lo acontecido poco después tanto en los territorios italianos como en los territorios alemanes, donde la ocupación napoleónica estuvo también en el origen de la adopción de diferentes textos constitucionales (entre otros, en Italia, los de la República de Luca, de 1801; la República Ligur, de 1802; o el Reino de Nápoles y Sicilia, de 1808; y en Alemania, los del Reino de Westaflia, de 1807; del reino de Baviera, de 1808; o del Ducado de Sajonia-Weimar, de 1809). Los franceses impusieron a España una Constitución que se aprobó cuatro años antes de que se adoptase la de Cádiz: el conocido como Estatuto de Bayona, de 1808. Pero, por razones evidentes —el carácter impuesto del Estatuto de Bayona y la naturaleza soberana de la Constitución de Cádiz—, será este último documento y no el aprobado bajo el impulso de los franceses ocupantes, el que, de forma prácticamente unánime, se considera la primera Constitución de nuestra historia.

Antes de ella no hubo, pues, más textos constitucionales en Europa dignos de ese nombre que los aprobados en Francia, dado que los impulsados en otros lugares por los revolucionarios franceses o los impuestos por Napoleón Bonaparte tuvieron todos una vigencia escasa o nula y no fueron casi nunca el resultado de auténticos procesos constituyentes soberanos. Sea como fuere, con esas excepciones, y la de la Constitución sueca de 1809, ninguna de las aprobadas en nuestro continente fue temporalmente anterior a la de Cádiz, que forma parte además, junto con la francesa de 1791 y la portuguesa de 1822, de la triada de grandes textos del constitucionalismo revolucionario. Es verdad, claro, que el texto de 1812, que se juró por las autoridades de muchos de los territorios de la América hispana y llegó a estar vigente, de forma más o menos real, en consecuencia, en un espacio que abarcaba en torno a los 10.000.000 kilómetros cuadrados¹, se aplicó en la España peninsular, como el francés y el portugués que acabo de citar en sus países respectivos, durante un período bastante reducido: sólo entre 1812 y 1814, cuando fue derogado *manu militari* por el rey Fernando VII, que restauró el absolutismo en la segunda de esas fechas a través del decreto antes aludido; entre 1820 y 1823, durante el llamado Trienio Liberal, al que puso fin, asimismo, una intervención militar extranjera a favor de la monarquía absoluta fernandina; y, apenas unos meses, entre 1836 y 1837, mientras se preparaba una reforma del texto de 1812 que daría lugar a un documento muy distinto: el de 1837. Es verdad, también, que la Constitución gaditana, al igual que las francesas de 1791, 1793 y 1795 o la portuguesa de 1822, respondían a un modelo político —el del constitucionalismo revolucionario ya aludido— que resulta incomprensible fuera de la específica coyuntura de las revoluciones liberales de los países del sur de Europa, modelo que será, por ello, barrido en esos tres lugares tras la reacción monárquica que subsiguió al Congreso de Viena; y es verdad, en fin, que, como consecuencia de ese profundo cambio histórico, muchas de las instituciones y principios de aquel constitucionalismo originario serán inencontrables en el de las monarquías limitadas, que, con muy pocas excepciones, dominaron la vida política europea desde la caída de Napoleón hasta el último tercio del siglo XIX. Pero todo ello no reduce la importancia de una Constitución que avanza un largo trecho en relación con las de la monarquía constitucional, dominantes en el tramo central del siglo XIX, y que fija unos principios que sólo lograrán asentarse definitivamente un siglo después y al servicio de la construcción de los regímenes políticos del constitucionalismo democrático.

1 Tomo ese dato de la exposición realizada por el constitucionalista argentino Néstor Sangüés en el X Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Españoles sobre el tema «La proyección de la Constitución de Cádiz en las Américas».

2 La primera revolución liberal como revolución nacional

El Estado nacional nace en España en un contexto de crisis verdaderamente excepcional: de profunda crisis política y de trágica crisis militar². Y es que tras la ocupación, en 1808, del territorio español peninsular por las tropas napoleónicas cae la monarquía borbónica y se derrumban literalmente las instituciones del absolutismo, arrasadas, en un frente, por el ejército invasor y, en el otro, por el imparable empuje de las nuevas instituciones populares (las Juntas) surgidas de la sociedad con la finalidad de organizar la resistencia frente al ejército invasor. Pero esa crisis política no será más que el preludeo de una larga guerra —la primera de carácter *nacional* que libra España— que, como no podía ser de otra manera, condicionará los orígenes de la Revolución liberal que estalla como respuesta a la invasión. Después de muchos avatares, y tras dos años de durísimos combates entre las tropas francesas y los resistentes españoles, organizados en gran medida en la denominada «guerra de guerrillas», el 24 de septiembre de 1810 se abren en Cádiz nuestras primeras Cortes liberales, cuyo decreto inaugural expresa a la perfección la naturaleza del nuevo poder que acaba de nacer: «Los Diputados que componen este Congreso, y que representan a la Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellos la soberanía nacional [...] No conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión». Soberanía nacional y división de poderes, resumían, pues, como puede observarse en proclama tan escueta, la esencia de un programa revolucionario del que las Cortes se convertirán muy pronto en portadoras. Y así, aunque la labor de esas Cortes fue ingente en todos los terrenos, desde la esfera de la legislación hasta la de la dirección de la guerra y la gobernación del nuevo Estado que empezaba a construirse en condiciones de gran dificultad, su producto jurídico y político más sobresaliente, aquel por el que su existencia quedaría inscrita en la memoria de las generaciones venideras, será sin duda la Constitución de 1812³, que, además de inaugurar en España el constitucionalismo, según ya se ha apuntado, supone la aparición, en sentido estricto, de nuestro Estado nacional.

De hecho, y pese a su corta vigencia temporal en comparación con las Constituciones españolas del moderantismo y de la Restauración (las de 1845 y 1876), el texto gaditano resultó tan relevante históricamente porque, más allá de las peculiaridades propias de su concreta circunstancia, va a formular todo un conjunto de principios de entre los que destaca, sin duda, el de la soberanía nacional, expresión última de la formulación jurídica del concepto revolucionario de nación. En efecto, pese a denominarse oficialmente «Constitución política de la Monarquía española», el texto de 1812 proclamaba con una rotundidad extraordinaria el principio basililar de la soberanía nacional en su artículo 3º («La soberanía reside esencialmente en la Nación y por lo mismo pertenece a ésta el derecho de establecer sus leyes fundamentales») y, lo que es más importante, dedicaba el primer capítulo del primero de sus títulos a la nación española y a los españoles, realidades que nacían así en su formulación contemporánea. La nación era concebida constitucionalmente como «la reunión de

2 Véase Antonio Elorza (edit.), *Luz de tinieblas. Nación, independencia y libertad en 1808*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

3 La bibliografía sobre el período gaditano, las Cortes y su Constitución es muy amplia. El profesor Fernando Reviriego Picón ha elaborado una exhaustiva relación en la que se incluyen libros, artículos, folletos, etc., que puede consultarse en la página web de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: (http://bib.cervantesvirtual.com/portal/1812/bibliografia_8.shtml). Tres obras tienen, de todos modos, un especial interés: las de Miguel Artola y Rafael Flaquer Montequí, *La Constitución de 1812*, Madrid, Iustel, 2008; Joaquín Varela-Suances Carpegna, *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, 2011; e Ignacio Fernández Sarasola, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.



todos los españoles de ambos hemisferios» (art. 1º), una entidad «libre e independiente», que no era ni podía ser «patrimonio de ninguna familia ni persona» (art. 2º) y que estaba «obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de los individuos que la componen» (art. 4º). En cuanto a los españoles, a los que se dedicaba el capítulo II del mismo título I, tras enumerar los diferentes grupos que tendrían legalmente esa condición (art. 5º), la Constitución fijaba para ellos toda una serie de obligaciones que ponían de relieve que, con ellas, se estaba describiendo su condición de ciudadanos: el amor a la patria (art. 6º), la lealtad a la Constitución y la obediencia a las leyes (art. 7º), la contribución en proporción a sus haberes para los gastos del Estado (art. 8º) y, como culminación de todo ello, la defensa de la patria con las armas cuando fuera llamado por la ley (art. 9º).

Pero no es sólo en la conversión de los súbditos del rey en ciudadanos de la nación y en la configuración de aquella como una entidad libre nacida de la reunión de hombres libres igualmente, donde se expresa el carácter eminentemente nacional de un texto constitucional que alumbraba una novedad auténticamente revolucionaria: los términos «nación», «nacional» (o su plural, «nacionales») aparece por doquier en la Constitución (hasta en 37 ocasiones) en relación con declaraciones básicas de la norma constitucional. Sin pretensión de ser exhaustivos, y como mera muestra, sirvan de ejemplo las siguientes, todas ellas expresivas de que la nación (española) pasaba a conformarse como la base, no sólo territorial, sino también política esencial del nuevo Estado que nacía con la Constitución: las Cortes constituyentes tendrían por objeto «promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación» (preámbulo); «la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica» (art. 12); «el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación» (art. 13); «el Gobierno de la Nación española es una monarquía moderada hereditaria» (art. 14); «las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan a la Nación» (art. 27); «la base para la representación nacional es la misma en ambos hemisferios» (art. 28); «no puede el rey ceder ni enajenar los bienes nacionales sin el consentimiento de las Cortes» (art. 172-7ª); «si llegaran a extinguirse todas las líneas [sucesorias] que aquí se señalan, las Cortes harán nuevos llamamientos, como vean que más importa a la Nación» (art. 182); «habrá una tesorería general para toda la Nación» (art. 345); «habrá una fuerza militar nacional permanente, de tierra y de mar, para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior» (art. 356), o, en fin, «habrá en cada provincia cuerpos de milicias nacionales, compuestos de habitantes de cada una de ellas, en proporción a su población y circunstancias» (art. 362).

En todo caso, al sentar las bases de un Estado nacional la Constitución de 1812 sienta también, respondiendo a las necesidades de la época, las de un Estado centralizado capaz de acabar con la trama de poderes privados intermedios del Antiguo Régimen característicos del orden feudo-estamental: de ahí las medidas de las Cortes gaditanas decretando la supresión de los señoríos y la abolición de los gremios, estableciendo la libertad de trabajo o abriendo camino a las primeras tentativas de desamortización y reforma agraria. Es ésta una cuestión que debe subrayarse de igual modo que las apuntadas previamente. Y ello porque el Estado nacional que nace en 1812 aspira a culminar aquel proceso de monopolización de recursos de todo tipo (burocráticos, fiscales, militares y jurisdiccionales) al que más tarde, y con pretensiones de describir un proceso general, habrá de referirse Tocqueville al destacar que con las Revoluciones liberales «todos los poderes parecen acudir por sí solos hacia el centro, se acumulan en él con una rapidez sorprendente y el estado alcanza de golpe los límites extremos de su fuerza, mientras que los particulares se dejan caer en un instante hasta el último grado de su debilidad»⁴. La Constitución de Cádiz incorpora también ese

4 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 1989, tomo II, p. 346.

objetivo, pero la capacidad de dominio político y social del Estado centralizado que allí se prefigura va a estar corregida y controlada por toda una serie de elementos internos de equilibrio de poderes que marcarán diferencias sustanciales entre el modelo del liberalismo revolucionario español y los dos que después lo subsiguieron: primero, el proyecto de los moderados y, más tarde, y culminándolo, el del régimen político de la Restauración.

En efecto, el texto gaditano, sustancialmente diferente de todos los textos monárquicos aprobados en España durante el siglo XIX (el Estatuto Real de 1834 y las Constituciones de 1837, 1845, no promulgada de 1856, 1869 y 1876)⁵ establecía un complejo sistema de contrapesos derivado de la existencia de instituciones sociales y de órganos estatales que limitaban una voluntad centralizadora que resultaba, sin duda, ineludible en tanto que factor fundamental para la construcción del nuevo Estado liberal. El primero de los elementos característico del sistema referido era el relativo al equilibrio entre unas Cortes unicamerales elegidas por sufragio universal masculino en varios grados (donde el poder de la cámara baja no estaría, por tanto, limitado por el de una cámara alta de naturaleza aristocrática u oligárquica) y el monarca, respectivamente titulares del poder legislativo y el poder ejecutivo: un sistema de balanza de poderes que, como veremos un poco más abajo, era tan favorable para el órgano parlamentario como desfavorable para el rey. Un elemento adicional de equilibrio institucional se derivaba en el texto gaditano de las previsiones sobre la forma de gobernación de las provincias y los pueblos que en él se contenía. Ciertamente, mientras que el gobierno de las primeras quedaría en manos de un Jefe Político que, a imitación de los Prefectos franceses, sería nombrado por el poder ejecutivo con el objetivo de hacer efectiva su política en los territorios provinciales (art. 324), el gobierno de los pueblos se confiaba a ayuntamientos elegidos por sufragio universal masculino indirecto (arts. 313-314). El freno institucional a la tendencia centralizadora que suponía con toda claridad la existencia de los Jefes Políticos (antecedente de los futuros Gobernadores Civiles de las provincias españolas), no se derivaba exclusivamente, por lo demás, de la existencia de ayuntamientos populares, sino también del hecho de que los mismos delegados gubernativos en las provincias estarían controlados en cada una de ellas por Diputaciones Provinciales de naturaleza popular, pues serían elegidas por los mismos electores provinciales que designarían a los diputados en las Cortes (art. 328). La autonomía local y el control político de los agentes políticos del rey en las provincias se configuraban, en suma, como un potente medio de equilibrio interno de poderes y, por tanto, como un elector corrector del diseño centralizador previsto por la Constitución.

Si los dos elementos apuntados hasta ahora (el equilibrio horizontal de poderes entre el rey y las Cortes, favorable a las segundas con toda claridad; y el equilibrio vertical entre el gobierno estatal y las entidades provinciales y locales, que suponían un claro contrapeso de influencia territorial frente al rey y sus ministros) presentaban un carácter institucional indiscutible, los otros dos que se mencionarán seguidamente se configuraban con una naturaleza diferente: la tenía, por un lado, la creación de los cuerpos armados que se preveían en la Constitución —las tropas de continuo servicio del ejército y la Milicia Nacional— y, sobre todo, el que se deriva de la previsión en la Constitución de un amplio abanico de libertades individuales y derechos personales.

Por lo que se refiere a lo primero, aunque la naturaleza de la Milicia Nacional no iba a quedar claramente definida en el texto de 1812 (arts. 362-365) aquella acabaría siendo, en el

5 Cfr., por todos, Joaquín Varela Suances-Carpegna, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.



momento en que se puso efectivamente en vigor durante el Trienio Liberal, una transposición a España de la institución revolucionaria francesa de la *Garde Nationale*: y es que la Milicia se configuró finalmente como un tipo de fuerza armada popular de carácter local destinada a contrapesar la dependencia real de los ejércitos y armadas⁶. El papel de los derechos resultaría, claro, netamente diferente, pero, pese a ello, aquéllos se concebirían en el texto gaditano como espacios de autonomía de los particulares frente a los poderes públicos, lo que ponía de relieve su potencialidad como instrumentos de limitación de las potestades estatales. Aunque el texto gaditano no los enumeraba de forma sistemática, como otras Constituciones del liberalismo revolucionario (las francesas de 1791, 1793 o 1795 o la portuguesa de 1822), a lo largo de su articulado se recogían numerosos derechos como la libertad civil y la propiedad (art. 4º), el derecho de sufragio activo (universal aunque indirecto) y pasivo (censitario) (art. 92), la legalidad penal y el *habeas Corpus* (art. 172.11º), la igualdad ante la ley (arts. 248 y 258), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 280), la libertad personal (art. 287), el derecho a no declarar contra uno mismo (art. 291), la prohibición de confiscación de bienes (art. 294), el derecho a ser informado de la acusación formulada contra las personas detenidas (arts. 300-301) o la libertad de imprenta (art. 371). La excepción, muy significativa por otro lado, vino marcada en Cádiz por la radicalidad con que la Constitución declaraba a la católica como la religión oficial del Estado. Su artículo 12, además de disponer como ya vimos, que «la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica», la calificaba, por medio de una declaración teológica, como la «única verdadera», para añadir, acto seguido: «La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra». Aunque tal precepto aparecía, obviamente, como la expresión de una necesidad que resultaba explicable en el contexto gaditano —marcado por una Guerra de la Independencia en la que la Iglesia estaba desempeñando un papel fundamental como institución de movilización contra el ejército invasor—, la concepción ideológica que le daba sentido acabará, con el transcurso del tiempo, por constituirse como uno de los más graves conflictos —el religioso— de la historia política española.

El Estado nacional nace en España, en conclusión, con la clara vocación de unidad territorial y centralización política que, en claro contraste con la experiencia federal Norteamericana, será expresión del muy diferente contexto en que se producen las revoluciones liberales europeas. Pero nace también, de forma paralela, como un proyecto pleno de equilibrios institucionales y sociales destinados a evitar que la concentración de poderes típica de las Revoluciones liberales en Europa pudiera acabar transformándose en un instrumento de abuso de poder. El diseño de la balanza de poderes entre los poderes legislativo y ejecutivo, o lo que es lo mismo, entre las Cortes y el monarca, constituirá, la mejor prueba a ese respecto.

3 El rey y las Cortes: un equilibrio de poderes hacia la parlamentarización

Como décadas después habría de señalarlo certeramente Carlos Marx en uno de sus célebres escritos sobre España, la Constitución de 1812 se caracterizó de forma muy fundamental por la «ansiosa limitación del poder real»⁷. Ya con ocasión del debate del precepto que regulaba el principio nerval de la soberanía nacional iba a ponerse de relieve, con suma

6 Lo he estudiado con detenimiento en mi libro *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal. 1808-1823*, Madrid, Siglo XXI, 1988, pp. 188 y ss. y 411 y ss.

7 Karl Marx y Friedrich Engels, *Revolución en España*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 110.

claridad, la concepción de la que partía el liberalismo doceañista hegemónico en la cámara: que aquel principio convertía al monarca en un mero poder constituido del Estado que no tenía más facultades que las que la nación —es decir, la Constitución— le delegaba y, paralelamente, que la estricta limitación de aquellas facultades iba directamente dirigida a evitar que el propio rey pudiera utilizar su poder contra el Estado liberal y su ley fundamental. El artículo regulador de la soberanía, según aparecía redactado en el proyecto de Constitución, añadía, de hecho, un último inciso a la previsión de que pertenecía exclusivamente a la nación el derecho de establecer sus leyes fundamentales: el de que, en plena coherencia con ello, podía la nación y quienes la representaban en las Cortes nacionales «adoptar la forma de gobierno que más le convenga». Aunque por prudencia, y «para evitar en lo posible interpretaciones siniestras de los malévolos», los liberales, por boca del Conde de Toreno, aceptaron retirar ese inciso final y el propio diputado dejaba constancia de cuál era, en verdad, la posición que los liberales defendían: «Si la Nación puede establecer sus leyes fundamentales igualmente podrá establecer el gobierno, que no es más que una de esas mismas leyes; sólo por esto convengo [...], y no porque la Nación no pueda ni deba: la Nación puede y debe todo lo que quiere»⁸. Por ejemplo, desposeer al monarca del veto absoluto, cuya posesión habría de caracterizar el estatus político de los reyes europeos durante todo el período de vigencia de las monarquías constitucionales, para otorgarle un mero veto suspensivo (arts. 145-149), que dificultaba muy seriamente su capacidad de interferencia en el ejercicio de la función legislativa del Estado: el rey podría retrasar la aprobación parlamentaria de las leyes, pero si los legisladores insistían no le quedaba al monarca otro remedio que aceptar el texto de las Cortes, dado que si un proyecto de ley fuera aprobado en éllas por tres veces, la sanción se entendería otorgada por propia disposición de la ley fundamental. El veto suspensivo significaba, en una palabra, que la sanción, aunque pudiera diferirse en el tiempo era, a la postre, obligatoria.

Iba a ser, sin embargo, en el terreno de la existencia de las Cortes donde las limitaciones al poder real —que figuraban expresamente en un artículo constitucional destinado a tal efecto, el 172, precepto cuyo contenido carece de parangón en nuestro constitucionalismo y que no volveremos a encontrar en ninguno de los textos del siglo XIX— se manifestaban con mayor claridad y, al tiempo, con más significativa trascendencia. Y ello porque no podría el rey en el futuro intervenir en la existencia efectiva de las Cortes, al carecer de facultades para impedir su reunión anual —que se producía *ex Constitutitione* en determinadas épocas del año (art. 106)—, o para suspenderlas, disolverlas, o embarazar de cualquier modo sus funciones (art. 172.1ª). Según la Constitución, para la reunión de las Cortes se establecía un mecanismo automático que impedía toda interferencia del monarca: el parlamento se juntaría todos los años, por un período de tres meses consecutivos que comenzaría el primero de marzo de cada año. Es decir, la reunión de Cortes, condición indispensable para su existencia política real, quedaba por completo al margen de la voluntad política de un rey que, no era difícil imaginar, podía tener la tentación de no juntarlas para evitar con ello que el parlamento limitase su poder. De la importancia sobresaliente de tal regulación dejaría clarísima constancia Agustín de Argüelles, autor del *Discurso Preliminar* a la Constitución y probablemente el más brillante de los diputados doceañistas, quien sabía que no exageraba al declarar solemnemente: «Señores, tal vez este artículo es la clave de todo el edificio constitucional». ¿Por qué? Pues porque para los diputados liberales, que intentaban entonces levantar el Estado liberal en medio de un borrascoso mar de dificultades y problemas, la existencia de las Cortes —es decir, su reunión automática anual— suponía la más eficaz salvaguardia del sistema frente a sus muchos y poderosos enemigos.

8 *Diarios de las sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Imprenta de J. A. García, 1870, tomo III, p. 1714.



Las palabras pronunciadas por Argüelles en el debate constituyente dejan constancia de los peligros a los que las Cortes se enfrentaba con una rotundidad bien expresiva de lo que estaba en juego en el envite: «[La Comisión] ha querido dar en su proyecto al Gobierno de la Nación el carácter de una Monarquía moderada, esto es, en la que el rey tenga la potestad necesaria para hacerse respetar fuera y obedecer dentro, y ser al mismo tiempo el padre de sus pueblos. Para esto la Nación es necesario que esté, por decirlo así, viva en la persona de sus representantes. Ellos solos son los que han de defender la Constitución, asegurando su observancia, y contrarrestar a los ministros o a los poderes que intenten invadirla». Y es que el trascendental envite histórico al que las Cortes de Cádiz se estaban enfrentando no era otro que el de tratar de asegurar que una vez superada la crisis política provocada por la invasión napoleónica y la guerra que aquella desató no volverían las aguas de la revolución al viejo cauce absolutista, para lo que resultaba indispensable no poner en manos del rey los poderes susceptibles de permitirle dirigir el retroceso. Esa confianza en que la existencia de las Cortes podría servir para frenar las tentativas de acabar con la Constitución y el Estado liberal, ciertamente un poco ingenua vista en perspectiva histórica, era la que explicaba la insistencia de Argüelles en apartar del rey los poderes susceptibles de estorbar el funcionamiento del parlamento para evitar, así, la tentación de un uso indebido de los mismos: «Examínense las facultades de las Cortes y las señaladas al poder del rey y se verá que aquéllas exigen el constante ejercicio y vigilancia de la representación nacional; éstas el incesante desvelo de un gobierno que debe ocuparse con preferencia en objetos de reconocida urgencia y naturaleza muy diferente. Las leyes, Señor —afirmaba Argüelles dirigiéndose a las Cortes cuya futura existencia estaba defendiendo—, aunque estén dictadas por la misma sabiduría no hacen más que la mitad de la obra. Su observancia es el fundamento de la prosperidad pública, y sólo puede asegurarse por medio de un cuerpo permanente que tenga a su cuidado el reclamarla. Tal es la reunión anual de Cortes. Todo lo demás es inútil, es ineficaz, engañarse la Nación y prepararse a sí misma la ruina de la ley fundamental, único baluarte en que libra su independencia y libertad»⁹. El automatismo en la reunión de Cortes, de todo punto indispensable, se completaba, como se ha apuntado previamente, con una prohibición plenamente coherente con aquel: el rey no podría, bajo ningún pretexto, impedir la celebración de Cortes en las épocas y casos señalados por la Constitución, ni podría suspenderlas, disolverlas, ni en manera alguna embarazar sus sesiones o deliberaciones, de modo que quienes lo aconsejasen o auxiliasen en cualquier tentativa para los actos referidos, serían declarados traidores y perseguidos como tales.

¿Cuál es la conclusión esencial que se deriva de todo lo apuntado? ¿O, por expresarlo de otro modo, qué relación guarda el sistema constitucional de equilibrios y contrapesos hasta ahora analizado, con la posibilidad de parlamentarizar el tipo de monarquía que, avanzado sobre los pasos de sus sucesores durante el tramo central del siglo XIX, habían previsto los diputados doceañistas? La respuesta a ambas preguntas no es difícil: la balanza de poderes establecida en el texto gaditano, que se completaba con la proclamación de que entre las facultades de las Cortes se encontraba la de hacer efectiva la responsabilidad de los Secretarios del Despacho y demás empleados públicos (art. 171.25^a), se hubiera traducido, de haber tenido continuidad el Estado liberal, en el esquema de funcionamiento institucional que estuvo en el origen de la parlamentarización de las monarquías constitucionales europeas a partir del último tercio del siglo XIX allí donde aquella parlamentarización tuvo lugar. Y ello porque, ante los constantes conflictos de poder entre el rey y el parlamento que marcaron todo el período de vigencia de aquellas monarquías, el primero carecería de la posibilidad constitucional de resolverlos en su propio beneficio, procediendo a la suspensión o disolución del parlamento, o, llegado el caso, a su no convocatoria. En tal hipótesis

⁹ Todas las citas de Argüelles en *Diarios de las sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, cit, tomo III, pp. 1950-1951.

no quedaba más que otra posible alternativa: la dimisión de los ministros nombrados por el rey ante la presión de un órgano de representación que les habían retirado su apoyo y confianza, solución ésta por la que, sin ningún género de dudas, estaban apostando los constituyentes gaditanos. De este modo, y a diferencia de los monarcas constitucionales, que tenían limitados sus poderes por la Constitución pero que participaban en el ejercicio de todos ellos a través de una compleja serie de variados instrumentos, los monarcas de los textos revolucionarios (el francés de 1791, el español de 1812 y el portugués de 1822) acabarán por aparecer como meros órganos del Estado dotados de poderes que no sólo resultaban limitados sino que les impedían, a la postre, controlar el desarrollo del proceso político estatal. Así pudo comprobarse en España, de hecho, durante los años del Trienio Liberal (1820-1823)¹⁰ —los únicos en que la Constitución de 1812 se aplicó en una situación de cierta normalidad política e institucional—, años en los que las previsiones de la Constitución condujeron indefectiblemente hacia una monarquía fuertemente parlamentarizada en la que el rey, pese a ostentar la titularidad del poder ejecutivo, quedaba privado de los dos principales instrumentos que le permitían sobreponerse al parlamento: el veto absoluto y la facultad de suspender y disolver las Cortes.

4 La Constitución de 1812 vista desde la perspectiva de su bicentenario

Por eso, analizadas las cosas con la dimensión que da el tiempo transcurrido desde entonces, creo personalmente que el elemento de mayor relevancia política del texto gaditano, tan rico y novedoso por tantos y tan diferentes motivos, residirá, además de en la afirmación nacional ya referida, en la regulación de la balanza de poderes entre los dos órganos fundamentales del nuevo Estado liberal (el rey y las Cortes): una regulación que será mucho más cercana a la que caracterizará, a partir de los últimos compases del siglo XIX, a las monarquías parlamentarias que a la que definirá la posición constitucional de los monarcas constitucionales durante el tramo central de esa centuria. Esa balanza de poderes, debo subrayarlo, no se derivará, a fin de cuentas —o, al menos, no se derivará sólo— de la cantidad mayor o menor de facultades que el monarca tenía conferidas en el texto de 1812 cuanto del hecho de que los constituyentes decidieron no poner en sus manos, con la única excepción de un descafeinado veto suspensivo, ninguno de los poderes esenciales que, tras las revoluciones liberales, iba a permitir a los reyes gobernar en Europa de un modo efectivo y no meramente nominal. A fin de cuentas, el largo proceso de parlamentarización de las monarquías constitucionales que se desarrolla en nuestro continente durante casi tres cuartos de siglo —proceso que triunfa en algunos países (Reino Unido) y fracasa en otros, finalmente, tras varios intentos fallidos (Francia o España)— irá dirigido, paradójicamente, a alcanzar lo que los textos del período revolucionario dieron por sentado: que la existencia del poder legislativo no podía depender de la voluntad del titular del poder ejecutivo, quien debería ser controlado por aquél; y que, en consecuencia, los reyes no podían tener atribuidas las facultades de convocar, disolver y suspender el parlamento, de forma que la tensión política estructural entre el parlamento y el Gobierno pudiese resolverse en beneficio del primero y en contra del segundo. Aunque con un tono claramente crítico hacia esa solución, nadie mejor que Benjamin Constant fue capaz de expresar lo que tal limitación significaría finalmente: «La esencia de la realeza, en una Monarquía representativa, es la

¹⁰ Por mi parte he podido confirmar la realidad de tal proceso de parlamentarización en un ámbito, a la sazón, central de la política estatal: el de la política militar. Véase «Rey, Cortes y fuerza armada en el Trienio Liberal: hacia la progresiva parlamentarización de la monarquía constitucional», en VV. AA., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, páginas 75 a 119.



independencia en los nombramientos que tiene atribuidos. El rey nunca actúa en su propio nombre. Situado en la cumbre de todos los poderes, crea unos, modera a los otros, y dirige así la acción política, moderándola sin participar en ella. Es de ahí de donde procede su inviolabilidad. Es necesario, por tanto, respetarle tal prerrogativa en su total integridad. No se le puede discutir jamás el derecho de elegir. No pueden las asambleas arrogarse el derecho de excluir, pues tal derecho, de ejercerse de un modo obstinado, implicaría finalmente el derecho de nombrar»¹¹.

Sin embargo, y como flor de un día, el proyecto doceañista se esfumó una vez que, tras la muerte del último rey absoluto de España (Fernando VII), en 1833, y tras el fracasado intento de los liberales progresistas de mantener, aunque profundamente reformado, el régimen político gaditano en la Constitución de 1837, los moderados —el sector más retrógrado del liberalismo español en la primera mitad del siglo XIX— llegaron al poder. Más tarde, después del fracaso del nuevo intento de cambio modernizador que nació de la Revolución Gloriosa de 1868, de la Constitución de 1869 y del frustrado proyecto de la I República española, el régimen de la Restauración culminó, a partir de 1876, la construcción de un Estado falsamente parlamentario que iba a desembocar, después de una profunda crisis, en la II República española. Tras las dos tragedias que la subsiguieron, la Guerra Civil y la larga dictadura en que aquella desembocaría, el régimen constitucional de 1978 acabará por ser, a la postre, el heredero del espíritu de Cádiz. Ciertamente, pese a las inmensas diferencias de texto y de contexto, las Constituciones de 1812 y 1978 respiran, parcialmente, en una misma atmósfera: la de la soberanía nacional, la monarquía parlamentarizada, el poder judicial independiente, la autonomía municipal y, por supuesto, los derechos. El artículo 13 de la primera —toda una declaración de principios—, bien podría haber figurado en la segunda: «El objeto del Gobierno de la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen».

¿Por qué, pues, el desapego actual, perfectamente perceptible en la más que discreta celebración del bicentenario del texto gaditano fuera de las fronteras de la ciudad que lo vio nacer, hacía aquella ingente obra política y constitucional que nos conecta con uno de los proyectos más dignos de admiración en un pasado lleno de quebrantos y fracasos? Quizá porque en la atmósfera de Cádiz estaba también un proyecto de nación española —ésa a la que se refiere el artículo que acaba de citarse— que hoy impugnan quienes niegan su existencia, quienes hacen juegos malabares con la supuesta polisemia de un término que designa una realidad inapelable y quienes viven a costa de actuar como si la nación común fuera una entelequia. Es así como la Constitución de 1812 aparece hoy envuelta en una curiosa paradoja: la de un texto cuyo pasado se proyecta en el presente (pues sus objetivos esenciales han acabado por triunfar), pero en el que también el presente se proyecta en el pasado, lo que hace que la esperable reivindicación de Cádiz desaparezca al servicio de las obsesiones e intereses, siempre a corto plazo, de la política actual. No es, por supuesto, nada nuevo: reflexionando sobre la historia de España en el tránsito del siglo XIX al siglo XX concluía ya hace años el historiador Santos Juliá que «la representación del pasado cambia a medida que se transforma la experiencia del presente»¹², lo que, a todas luces, explicaría el llamativo desinterés actual por un bicentenario del que resultaba lógico aguardar un entusiasmo institucional que, salvo en la capital andaluza, no se ve por parte alguna.

11 Benjamin Constant, *Principes de Politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France, en Oeuvres complètes (IX, 2), Principes de politique et autres écrits (juin 1814-juillet, 1815)*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2001, p. 773.

12 Santos Juliá, «Anomalía, dolor y fracaso de España», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 66 (1996), p. 21.

Regap

Estudios y notas

1

Smart, smarter, smartest regulation: números contra adjetivos. Los custos administrativos contra la economía productiva

43 Regap

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ
Economista
Lic. en Derecho
Lic. en CC. Políticas y de la Administración

Regap

ESTUDIOS Y NOTAS

*«Los hombres sólo aceptan el cambio resignados por la necesidad
y sólo ven la necesidad durante las crisis»*

(Jean Monnet, padre fundador de la Europa unida)

España es una nación muy literaria. Acumula seis premios Nobel en literatura. Sólo dos en medicina. Cero en ciencias puras o en economía, esa lúgubre disciplina que no es científica ni exacta, pero que tampoco puede ser entendida sin cifras. Por lo que se ve, en España interesa más el fomento de las letras que el de los números, la retórica más que el método científico. Éste es el gran *handicap* nacional, que trasciende a gobiernos y regímenes. Así no es de extrañar que al analizar cómo se elaboran sus normas jurídicas se compruebe que interesa más el estilo que el impacto, más la gramática que la aritmética.

Pudimos haber cambiado esta discapacitante tendencia con hombres como Echegaray, nuestro primer Nobel, gigante intelectual sin parangón en el servicio público de nuestros días, capaz de escribir tratados de matemática y termodinámica, a la vez que ejercía de exitoso dramaturgo, y de Ministro de Fomento y Hacienda en sucesivos gobiernos, impulsando la creación del Banco de España como verdadero Banco Nacional. Sin embargo, ni siquiera este Don José fue capaz de invertir el curso del Derecho Administrativo español, en cuanto atañe a primar lo que se puede contar con números frente a lo que se cuenta sin ellos.

Muestra de esta invalidez conceptual es que entre nuestras Administraciones Públicas (AA. PP.) se confunden las memorias económicas con las presupuestarias, si aún se pueden deno-

minar así, vista su indigencia intelectual. No es raro pues en este escenario que las escasas memorias económicas merecedoras de dicha denominación, que acompañan a proyectos de leyes y reglamentos en España, se construyan *ad hoc* para justificar la viabilidad de la norma —como no podía ser de otro modo—, y que se centren en su impacto sobre los ingresos y/o los gastos públicos inducidos, ignorando su amplia incidencia sobre los operadores privados y el mercado.

Esta anomalía estructural, impropia de un país que desea incorporarse definitivamente a la liga de los más avanzados, se halla tan extendida que ya no sólo se ha cronificado en el Poder Ejecutivo y en el Legislativo, que la toleran y adolecen de personal cualificado entre sus altos funcionarios para suplir esa carencia, sino que incluso contagia viralmente al Poder Judicial.

Una buena muestra de ese contagio al Poder Judicial podemos hallarla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, en la que se pronuncia sobre la idoneidad jurídica del procedimiento de elaboración del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En dicha Sentencia, al valorar el Tribunal si la pertinente memoria económica que debía acompañar al proyecto era merecedora o no de esa calificación, concluye que no en su Fundamento Jurídico cuarto, para inferir después que, sin embargo, sus consecuencias reales son irrelevantes para los destinatarios de la norma (enfatizamos en negrita y con subrayado los aspectos más trascendentes para nuestro estudio):

*«**CUARTO.**- El artículo 24.1 de la Ley 50/1997 exige que con la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se acompañe una **memoria económica** que contenga la **estimación del coste a que dará lugar.***

*Conforme señala entre otras muchas sentencias la de 27 de noviembre de 2006 (recurso 51/2005), tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, como dice el artículo 24.1.f) de la Ley del Gobierno, pero deben cumplir la finalidad a que responden, la cual no es otra que **proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas pueden suponer a fin de que, contraponiendo éstas con las ventajas que aquellas hayan de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos, que la aprobación del reglamento puede significar.***

*En la sentencia ya citada de 12 de mayo de 2009 se concretan aquellos **extremos que la memoria económica debe contener, a saber: 1.- Si va a suponer incremento de los gastos ya presupuestados por el Estado. 2.- Si es ejecución de una partida presupuestaria aprobada. 3.- Si tiene incidencia económica en la sociedad o en sus destinatarios.***

*Sin duda la memoria económica es un documento de relevancia singular en el procedimiento de elaboración reglamentaria. **Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva.***

La ausencia de un estudio económico riguroso puede producir, y ejemplos hay de ello, que las disposiciones reglamentarias se queden «en papel mojado», carentes de virtualidad práctica, bien por ausencia de partidas presupuestarias o vías de financiación, sin duda los supuestos más frecuentes, bien por no haber ponderado la carga económica que a la sociedad en general, y, en particular, a los singularmente afectados, supone la aplicación de la norma reglamentaria.

Hechas las consideraciones anteriores que han de utilizarse como pautas interpretativas para valorar si se ha dado cumplimiento a la exigencia del artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno, **reconociendo que la memoria económica elaborada no contiene una sola cifra, aún así, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, no cabe observar sin más la ausencia de un estudio económico de la futura regulación, si por tal debe entenderse aquel que proporciona un conocimiento de los costes de implantación.**

No exigiéndose más que una memoria sucinta (artículo 24.1.f) Ley 50/1997), no puede pretenderse que la elaborada para el Reglamento que nos ocupa contenga cifras económicas. Tal pretensión excede del carácter conciso que previene el citado artículo 24.1.f).

La lectura de la memoria elaborada, obrante a los folios 970 a 988 del expediente (documento número 9) revela, sin ningún género de duda, que contiene un estudio económico suficiente que en modo alguno puede calificarse de vago, genérico e inservible, adjetivos todos ellos utilizados por la recurrente.

La afirmación en la memoria económica de que la disposición proyectada no implica incremento de gasto ni disminución de ingreso alguno para la Hacienda Pública y que solo desde la perspectiva económica que le corresponde merecen especial atención las medidas de seguridad exigibles para los tratamientos de datos, con la advertencia de que los automatizados no tienen costes económicos, dado que la mayor parte de las medidas ya fueron implantadas con la anterior normativa, y con la precisión de que las de los no automatizados inciden esencialmente en cuestiones de tipo organizativo y en la adquisición de mobiliario de seguridad (armarios cerrados, puertas, llaves, ...), ciertamente no hay razón para dudar de la suficiencia de la memoria, máxime cuando, pese a las consideraciones precedentes, con apoyo en un muestreo de 893.568 ficheros, se realiza un estudio de los costes de la aplicación de las medidas a lo largo de ocho páginas que además se acompaña de un anexo de otras 25 páginas en el que se refleja, con marca-do detalle, la incidencia económica que esa aplicación puede suponer.

Para insistir en la falta de razón que asiste a la recurrente es de indicar que en el desarrollo argumental del motivo impugnatorio no se expresan cuales preceptos reglamentarios tienen una incidencia económica y cuales, a pesar de esa incidencia, no son objeto de estudio en la memoria. **Cierto es que hace mención al informe del Ministerio de Economía y Hacienda, transcribiéndolo parcialmente, pudiendo leerse en el texto transcrito lo siguiente: “Sería conveniente contar con unas Memorias Justificativas y Económicas más completas que permitan el adecuado análisis del Proyecto. En particular, se echa en falta un análisis específico de las condiciones en que se desarrolla la actividad de determinados sectores como los dedicados al tratamiento de datos sobre insolvencia o para usos promocionales, en**



los que el reglamento tiene una incidencia más significativa". Pero fácil es colegir de la lectura del texto que no se afirma en él un insuficiente estudio económico sobre los sectores que refiere y sí la inexistencia de un análisis específico de la actividad que en ellos se desarrolla, cuya repercusión económica al menos implícitamente se niega en la memoria o se considera de escasa trascendencia.

La afirmación de la recurrente relativa a que las carencias denunciadas han producido un descalabro económico generalizado en el sector, con el consiguiente cierre de numerosas empresas, además de carecer de apoyo probatorio, de ser cierta ni siquiera constituiría un indicio de hipotéticas deficiencias de la memoria.

La idea o consideración de que el estudio económico de la implantación de una norma como la que nos ocupa ofrece grandes dificultades en cuanto afecta esencialmente al sector privado, a la economía de las empresas, así como la relativa a que la repercusión económica en las distintas empresas del sector depende de múltiples factores (tamaño de los ficheros, medidas de seguridad con anterioridad adoptadas, etc.), junto a la de las consecuencias que comporta la nulidad de una norma reglamentaria que incide en derechos fundamentales, impide, sin duda alguna, apreciar el defecto procedimental denunciado de insuficiencia de la memoria.

Aunque el expuesto se trata de un argumento que contrapone el interés general representado por el mantenimiento de la norma frente al concepto de buena administración, relegando la nulidad del procedimiento a los supuestos de extrema gravedad, y que obviamente ha de ser aplicado con cautela, en atención al caso concreto, ningún inconveniente hay para su aplicación en el caso de autos en que **las deficiencias de la memoria económica, incluso con independencia de las dificultades en su elaboración, no alcanzan un grado de importancia tal que permitan considerarla como inútil o insuficiente.** Así lo entendió también el informe del Consejo de Estado cuando concluye que entiende suficientemente atendidas las prescripciones normativas que para la elaboración de las disposiciones reglamentarias previene el ordenamiento jurídico. Ciertamente es que el informe de dicho órgano consultivo es crítico cuando expresa que "... la memoria económica proporciona estimaciones aproximadas del número y porcentaje de ficheros que se verán potencialmente afectados por el nuevo Reglamento, **ofreciendo cifras estimativas de los costes (sic)** que la implantación de las medidas de seguridad representarán para los responsables de ficheros privados automatizados y no automatizados, y los que habrán de asumir los titulares de los ficheros que hayan de implantar, en virtud de la nueva regulación, un nivel mayor de seguridad" y cuando advierte que la conclusión de la memoria relativa a la ausencia de impacto económico en la Hacienda Pública contrasta con el informe del Ministerio del Interior que expresa que la adaptación de las medidas de seguridad afecta a los ficheros de utilidad pública; pero aún cuando se aceptara o se diera por buena dicha crítica, aún así las carencias apuntadas no determinan la nulidad pretendida.»

Aparte de la confusión de afirmar por el Tribunal que la memoria económica no contenga una sola cifra, y reproducir al tiempo la referencia del Consejo de Estado a cifras en dicha memoria, existe otro aspecto capital que merece la pena tratar.

Cierto es que el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno no precisó que se debía incluir en la memoria económica, sucinta o no sucinta. Pero incluso para un no

economista debiera ser extraño que algo que se denomina “*memoria económica*” no tenga ni una sola cifra económica. Cosa distinta será la calidad técnica de la prognosis económica, que a menudo habrá de ser contrastada *a posteriori* con estudios analíticos de costes, pero pensar que se puede hablar de medir el impacto económico de un proyecto normativo sin emplear cifras, es incluso más absurdo que prohibir los adjetivos a los juristas. Desde luego, esto de hacer economía sin cifras será muy natural en España, pero resultaría objeto de escarnio, mofa y befa en otros lares y latitudes.

Ni siquiera la desordenada Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dictada ante una situación de emergencia económica nacional, se atrevió a entrar en el núcleo del problema. No obstante, la ubicación preferencial de la “*mejora de la calidad de la regulación*” en el Capítulo I del Título I de la Ley —“*Mejora del entorno económico*”—, denota que algo se ha avanzado en el diagnóstico y en la comprensión de la etiología del problema estructural español, en cuanto a su falta de competitividad y a la ausencia de una sólida industria y de servicios avanzados genuinamente españoles —la industria farmacéutica y química, así como la del motor, son buenos exponentes de ello-. Por desgracia, apenas se avanza no obstante en las terapias regulatorias, para facilitar la creación y desarrollo de PYMEs en esas y otras áreas punteras, en las que *a priori* disponemos de un gran capital humano, como lo demuestra el número y reconocimiento de profesionales que trabajan en multinacionales y en prestigiosas entidades foráneas. PYMEs que, a su vez, deben ser la materia prima de lo que Joseph Alois Schumpeter denominó ‘*creative destruction*’, —“*schöpferischen Zerstörung*”—, o sea, el competitivo germen de empresas que alcancen cierta dimensión en el futuro por la vía de la innovación y la mejora de procesos productivos. Pero, claro, para eso hay que facilitar el previo nacimiento de muchas PYMEs y no abortarlo.

En efecto, el artículo 4.3 de la Ley de Economía Sostenible (LES), es una muestra de vacuidad y reiteración retórica, sin avanzar ni un ápice en cuanto a precisión mensurable o cuantificable respecto de lo que ya disponía, p.e., la Directiva Servicios (DS)¹ y su normativa específica de transposición²:

ART. 4.3 LES	DS	NORMATIVA DE TRANSPOSICIÓN DS
<p>En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.</p>	<p>(Art. 9.1.c): Los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: (...) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control <i>a posteriori</i> se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. (Art. 15.3.c: Requisitos por evaluar):</p>	<p>(Art. 5.c. Ley paraguas): La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. (...) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control <i>a posteriori</i> se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. (...)</p>

1 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. (DOUE L 376, de 27.12.2006).

2 Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (BOE n.º 283, de 24.11.2009): Ley paraguas de la DS.
Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (BOE n.º 308, de 23.12.2009): Ley ómnibus de la DS.



	<p>Los Estados miembros comprobarán que los requisitos contemplados en el apartado 2 cumplan las condiciones siguientes:</p> <p>proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.</p>	<p>(Art. 1 Ley ómnibus, que da nueva redacción al art. 84 (2) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local): La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de ... proporcionalidad con el objetivo que se persigue.</p> <p>(Art. 2 Ley ómnibus, que añade el art. 39 bis a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP-PAC): Artículo 39 bis. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.</p> <p>1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.</p>
--	--	--

En honor a la verdad, la LES intenta mejorar la consideración y estima por la evaluación económica de los proyectos normativos, pero siendo hija en su génesis de la misma Administración que rehúye diariamente ese ejercicio de racionalidad, lo hace nuevamente a la vieja usanza:

"Artículo 5. Instrumentos de las Administraciones Públicas para la mejora de la regulación.

Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las Administraciones Públicas:

*1. Impulsarán los **instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas** para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, **con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados**, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar. (...)*

*3. Promoverán el desarrollo de **procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa**, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación.*

Artículo 6. Adaptación de la regulación vigente a los principios de sostenibilidad y buena regulación. (...)

*2. A los efectos de lo previsto en el presente Capítulo, en el marco de la **Conferencia Sectorial de Administración Pública**, se acordarán e impulsarán criterios para **promover la aplicación de los principios de buena regulación**.*

*3. Igualmente, las Administraciones Públicas, en el marco del **Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios**, cooperarán para **promocionar el análisis económico de la regulación** y, en particular, evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados e impulsar iniciativas de reforma en este ámbito."*

Por cierto, esa Conferencia Sectorial de Administración Pública es la misma a la que la Disposición transitoria sexta de la Ley ómnibus, 25/2009, encomendó aprobar el sistema de

gestión de la “*ventanilla única*” de la DS (VUDS), herramienta fundamentalísima para avanzar mucho y con costes ínfimos en la expansión de la regulación inteligente, como veremos. Sin embargo, a pesar de la encomienda, durante el primer y capital año de despliegue de la DS en España, con un desempleo atroz que podría paliarse al menos reduciendo los costes de origen administrativo que pesan sobre los emprendedores, dicha Conferencia Sectorial ni siquiera se reunió.

Desengañémonos. El problema de fondo no es legal, sino cultural. Cuando se habla en España de “*técnica normativa*” se piensa en todo, menos en números. Y los números importan, e importan más cuando la situación económica empeora.

Como pequeña prueba de contraste científico se puede ver cómo se hacen estas cosas en naciones con menos ingenio literario pero económicamente más desarrolladas, como puede ser el caso de los Países Bajos, incluso para una norma con escaso impacto económico a nivel macro, y tratándose además de una proposición de Ley, no de un proyecto gubernamental.

En los Países Bajos existe una gran resistencia social a que se críen animales cuya finalidad exclusiva o principal sea el destino de sus pieles a la industria peletera —visones, zorros, chinchillas, ...—. Puede ser discutible o no, pero en cualquier caso se trata de una opción de política legislativa admisible en una democracia. En los proyectos normativos barajados, sin embargo, se pondera extraordinariamente el impacto de la medida sobre los operadores privados, y como es natural en primer lugar la situación en la que quedarían los criadores y la industria transformadora, no tanto el comercio, ya que éste podría seguir realizando su actividad recurriendo a manufacturas procedentes de otros proveedores europeos o de terceros Estados.

¿Por qué hacen cosas tan raras estos neerlandeses? Pues porque, en el fondo, lo que se discute cuando hay impactos económicos de por medio no es otra cosa que el derecho de propiedad y el derecho a la información, cuyos titulares son los contribuyentes. Y aquí es donde falla el Ordenamiento Jurídico español, con su Constitución a la cabeza, que no considera a la propiedad un derecho fundamental, digno de amparo constitucional.

En la memoria redactada por las autoridades neerlandesas al remitir su texto a la Comisión Europea (proyecto 2001/64/NL), el impacto económico de una disposición tan nimia se explica del siguiente modo:

«Obligación de indemnización a la luz del artículo 14 de la Constitución y del artículo 1 del primer protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se ha considerado si, teniendo en cuenta el período transitorio de 10 años, sigue existiendo una obligación de indemnizar a los criadores de visones. En este contexto cobran importancia el artículo 14 de la Constitución y el artículo 1 del primer protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El artículo 14 de la Constitución contempla la expropiación y la indemnización correspondiente. La prohibición de la cría de animales de peletería no puede considerarse como privación de propiedad sino como una limitación del ejercicio del derecho de propiedad según se menciona en el apartado 3 del artículo 14 de la Constitución. Conforme a dicho apartado del artículo, en el caso de que se limite el ejercicio del derecho de propiedad existe tan solo una obligación de indemnización o compensación de los daños en los casos estipulados por o en virtud de la ley. Teniendo en cuenta

el período transitorio de 10 años, la presente proposición de ley no prevé ninguna indemnización para los criadores de visones.

El artículo 1 del primer protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos confiere a cada persona natural o jurídica el derecho de disfrutar ininterrumpidamente de su propiedad. Establece que nadie podrá ser privado de su propiedad excepto en caso de interés general y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional, pero sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación de la propiedad de acuerdo con el interés general. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se ha desarrollado ese concepto. En este contexto resulta importante saber si una medida debe ser considerada como privación o como regulación de una propiedad. En la privación de propiedad, la autoridad en general tiene la obligación de fijar una indemnización, mientras que en la regulación de propiedad la indemnización solamente será obligatoria si el individuo ha de soportar una carga desproporcionadamente elevada por causa de la realización del interés general al que aspira la medida reguladora. El interés general reside en este caso en la resistencia social a la producción de pieles. En el presente caso no se trata de privación de propiedad. Las prohibiciones recogidas en el artículo 1 de la proposición de ley pueden ser consideradas como regulación de propiedad con arreglo al artículo 1 del primer protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, no hay por definición una obligación de indemnización. A este respecto es importante que la introducción de la prohibición de criar animales de peletería vaya acompañada de un período transitorio de 10 años. De este modo se evita una desproporción entre los intereses de los criadores de visones y el interés general.»

Debe recordarse que la elección del período transitorio no es gratuito, sino que está íntimamente relacionado con los períodos de amortización de los activos afectados por la norma. De modo que la memoria económica debe acotar temporalmente el impacto de la regulación, y prever qué sucede con los operadores más damnificados por su entrada en vigor:

«Consecuencias para el sector privado.

Los datos que figuran a continuación se han tomado en su mayoría del informe del Sr. Van Noord (páginas 7 y 8) que se menciona en el apartado 4 de la presente nota explicativa.

Se calcula que en los Países Bajos hay unos 200 criadores de visones que crían visones como actividad principal. Los visones son sacrificados en la empresa del criador de visones. Cada año se producen en el mundo 25 millones de pieles. Dinamarca es con mucho, con casi el 40% de la producción mundial, el productor más importante de piel de visón. Los Países Bajos y los Estados Unidos producen cada uno un 10% de las pieles de visón. Para poder seguir satisfaciendo la demanda mundial de pieles, las explotaciones de visones en otros países aumentarán probablemente si cesa la cría de visones en los Países Bajos. No se sabe en qué medida los criadores holandeses de visones están considerando continuar con su empresa en el extranjero.

El valor de producción bruto de las explotaciones de visones en los Países Bajos es de 125 a 150 millones de florines al año. Cada año se producen unos 2,5 o 3 millones de pieles. El beneficio de una piel oscila entre 30 y 70 florines, en función de la calidad,



la demanda y la oferta. El precio de coste por piel, sin contar la retribución por el trabajo y la gestión de empresa, es de más de 36 florines. En la explotación de visones trabajan unas 600 personas. En las aproximadamente 200 explotaciones de visones trabajan, aparte de los jefes de la empresa, aproximadamente 300 personas más (100 miembros de la familia y 200 terceros). Además, las explotaciones de visones dan trabajo a unos 100 trabajadores temporeros durante una parte del año. Se estima que un 20% de las empresas constan como sociedad en la que uno de los progenitores (normalmente el padre) y un hijo constituyen juntos una sociedad, siendo el padre mayor de 50 años. En otro 20% de las empresas, el jefe de empresa es mayor de 50 años. En las demás empresas el jefe de empresa es menor de 50 años.

En la industria proveedora y compradora, alrededor de 450 puestos de trabajo dependen de las explotaciones de visones. El Sr. Van Noord espera que los trabajadores de la industria proveedora encuentren trabajo en otro sector. Calcula asimismo que el trabajo en la industria compradora y manufacturera desaparecerá tan solo en parte. Para las casas de subastas internacionales que residen en los Países Bajos sobre todo, espera que las consecuencias sean menos importantes que para el comercio de pieles holandes.

La evaluación del plan de trabajo en 1998 puso de manifiesto que prácticamente todos los criadores de visones habían llevado a cabo la primera fase del plan de trabajo. Según el informe del Sr. Van Noord, las inversiones realizadas para ello por las empresas son del orden de 60 millones de florines (una media de 300.000 florines por empresa). Subraya que además, en casi todas las empresas se ha invertido recientemente en la instalación de sistemas de abono de bajo nivel de emisiones, lo que representa otros 60 millones de florines. En total llegamos a una media de 210 florines por perra de cría. El Sr. Van Noord prevé que las inversiones realizadas podrán recuperarse, con los beneficios actuales (1999), en un plazo de 10 años. No obstante, señala que los precios son imprevisibles y se caracterizan por seguir un curso cíclico. Por lo tanto, al período actual con un alto nivel de beneficios podría seguir un período con beneficios más bajos.

Las empresas que se ocupan de la instalación de las explotaciones de visones ya notan, según el informe del Sr. Van Noord, las consecuencias de la moción. Estas empresas se han anticipado a la segunda fase del plan de trabajo. No obstante, muchos criadores de visones, teniendo en cuenta la moción, han desistido de realizar más inversiones.

Los mataderos de aves de corral y la industria transformadora de pescado que suministran la materia prima para los piensos de los visones necesitarán abrir nuevos mercados si se llega a la prohibición total de la cría de animales de peletería. El informe del Sr. Van Noord indica que las estimaciones sobre los gastos relacionados con ello oscilan entre 2 y 5 millones de florines.»

Qué diferencia con la postura española. Tanta molestia por 200 modestos criadores. La cuestión, insisto, es que no estamos ante un problema jurídico o siquiera político, sino cultural. Nadie afirma, —salvo algún economista chiflado— que el Ejecutivo o el Legislativo de un Estado democrático estén atados por las memorias económicas a la hora de ponderar el interés general cuando deben tomar decisiones, a menudo impopulares. **Lo que se discute es el derecho a saber, a medir y a contar, incluso cuando haya que aprobar medidas que parezcan antieconómicas.** Y, con él, el derecho de los ciudadanos a ver respetados

sus derechos fundamentales, entre los cuales se halla el derecho a la propiedad. Porque, aunque la Constitución Española no considere la propiedad un derecho fundamentalísimo, resulta que lo es a tenor del referido Protocolo del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³, y del artículo 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴.

Otro tanto hizo el Reino Unido en un caso similar comunicado a la Comisión Europea (1999/547/UK):

«23. Hay actualmente 13 instalaciones de cría de visones; todas están en Inglaterra, aunque el Proyecto de Ley se aplica a Inglaterra y Gales.

24. Los costes para la industria serían la pérdida de ingresos y los activos que no pudieran ser utilizados para otros fines. Los activos principales de la cría de animales de peletería incluyen el terreno, los edificios y equipos, los animales de cría y los animales jóvenes (para sacrificarlos). No habría ninguna pérdida en relación con el terreno ya que tendría otros usos. Una parte de los activos de uso general puede venderse y los activos especializados se amortizarán parcialmente. La vida media de los animales de cría es de unos tres años y los animales jóvenes se sacrifican en un plazo de 12 meses. Por consiguiente, en un período de adaptación de entre dos y tres años, se desperdiciaría la progenie de un año. Los costes netos reales variarán de acuerdo con las características de cada negocio en particular. (...)

26. Se estima que el coste de compensación según el Proyecto de Ley para las trece instalaciones de cría de visones actuales podría llegar, en relación con los activos, hasta £ 400.000 y quizás cuatro veces esta cantidad si hubiera que compensar los ingresos.»

Como se puede constatar, lo característico de España no son las corridas de toros, o la prohibición de las corridas de toros en diversas CC.AA., sino —en nuestra castiza técnica normativa, si fuere merecedora de esa calificación— el despacho del enojoso trámite de evaluación económica con lacónicas y rutinarias expresiones, entre las que destaca “la norma carece de incidencia presupuestaria”, delatando de nuevo la grave confusión intelectual entre el impacto para la Administración y el impacto para los administrados. Como anécdota, las corridas de toros podrán prohibirse o no, pero conviene saber cuánto cuesta dicha medida y si alguien tiene derecho a ser indemnizado, estimando *a priori* el coste de las indemnizaciones. Y quien habla de toros, habla también de infinidad de requisitos y cargas

3 http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf:

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

4 Artículo 17

Derecho a la propiedad.

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

(1. Declaración (Tratado de Lisboa) relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.)

administrativas diversas, sobre todo obligaciones de hacer, que van introduciendo arena de forma paulatina en el engranaje de las empresas.

Parece obvio que con esta óptica, según la cual lo presupuestario y lo económico son perfectos sinónimos, y los números que afectan a los ciudadanos nada valen frente a los sustantivos y, sobre todo, los adjetivos emanados del poder normativo, no disfrutamos del mejor entorno cultural para convencer a los poderes públicos de que **vale la pena dictar disposiciones más inteligentes, y también de modo más inteligente, para ayudar a las empresas y los emprendedores**. Porque, a la postre, ayudar a las empresas de esta manera es más ecuánime y más rentable que otorgar unas cuantas subvenciones discrecionales a unas pocas sociedades mercantiles, además de redundar en la consecución de una estructura económica más sólida y con costes más ajustados y competitivos.

En este contexto, la iniciativa comunitaria **'Smart Regulation'** ("*Legislación inteligente*") es hoy más imprescindible que nunca. La apuesta por una "*legislación inteligente*" puede implicar una gran aportación a la productividad y la competitividad europeas en el entorno mundial, a la vista de las restricciones en el acceso al crédito bancario y de la constante lucha en la reducción de costes estructurales, que los europeos debemos acometer para mantener nuestro liderazgo en los ámbitos industriales en los que todavía somos punteros, así como en el sector terciario. Los nuevos y grandes competidores internacionales están a nuestras puertas.

Para disponer de una legislación inteligente es requisito preclusivo legislar mejor, y **no se puede legislar mejor si no evaluamos correctamente el impacto de las propuestas normativas**. Dicho impacto puede estudiarse en el ámbito económico, social o medioambiental. Aquí nos centraremos en el aspecto económico, pero debe quedar claro de antemano, como ya se ha apuntado, que la evaluación es una herramienta al servicio de la toma de decisiones, no un sustitutivo de ella.

Es más, para que el asunto sea fácilmente abordable, debemos centrarnos en un elemento capital de la evaluación del impacto económico de las normas, que atañe a los **costes de las cargas administrativas**, por ser estos especialmente opacos, sin que por ello dejen de gravar de forma muy determinante sobre los costes estructurales que padecen las empresas, y que al final lastran su competitividad internacional.

El 24 de enero de 2007, la Comisión Europea hizo pública su Comunicación denominada "*Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea*"⁵.

En síntesis, puede decirse que dentro de una estrategia integrada a favor del crecimiento y el empleo, lo que proponía la Comisión era reducir en un 25% las cargas administrativas a las empresas hasta 2012, con el imprescindible concurso del Consejo y de los Estados miembros. Los beneficiarios de esta iniciativa debieran ser principalmente las PYMEs y, por extensión, los consumidores y usuarios, que verían trasladar a los precios finales de los bienes y servicios la previa reducción de los costes empresariales, sin olvidar el efecto que añadiría el incremento de la oferta.

Aclara la Comisión, y conviene recalcarlo, que esta iniciativa no implica una desregulación, ni una renuncia a determinados objetivos en las diversas políticas públicas, sino hacer las cosas de otro modo, de un modo más eficiente.

5 COM(2007) 23 final.
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0023:FIN:ES:DOC>



Así, el horizonte "que se propone, en suma, es que la Comisión, con la ayuda de los Estados miembros, mida las cargas administrativas relacionadas con la legislación comunitaria y la transposición nacional y elabore propuestas de reducción apropiadas, mientras los Estados miembros miden y reducen las cargas administrativas impuestas por la legislación nacional y regional en sentido estricto", (op.cit., p.3, in fine).

Con todo, la iniciativa de la Comisión resulta sumamente modesta, porque ni siquiera se plantea entrar inmediatamente en el núcleo duro de lo que en la doctrina anglosajona se denomina como 'red tape' —v.gr. los condicionantes de instalaciones, equipamientos o sistemas que inflan los costes fijos de cualquier actividad productiva—, sino que se centra en los costes de gestión:

"Los requisitos administrativos son un determinante importante del entorno empresarial en la medida en que obligan a empresas de toda la UE a pasar una parte considerable de su tiempo cumplimentando impresos y haciendo declaraciones sobre cuestiones de lo más variopinto. Se estima que estos costes se sitúan en torno al 3,5 % del PIB de la UE. Si se redujeran, por ejemplo, las declaraciones innecesarias, el personal de una empresa podría dedicar más tiempo a sus actividades económicas básicas, lo que permitiría, a su vez, reducir los costes de producción y realizar nuevas inversiones e innovaciones, con la consiguiente mejora de la productividad y la competitividad en general."

Los principios que maneja la Comisión Europea para amortiguar las cargas administrativas se concentran en tareas como:

- Reducir la frecuencia de las declaraciones obligatorias a los niveles mínimos necesarios y armonizar la frecuencia de las declaraciones.
- Verificar que la misma obligación de información no se impone varias veces por canales diferentes y eliminar los casos de solapamiento.
- Sustituir la recogida de información en soporte papel por declaraciones electrónicas en portales inteligentes.
- Introducir umbrales para los requisitos de información para las PYMEs o recurrir a métodos de muestreo.
- Ponderar el riesgo de cada actividad y cada declarante, frente a las obligaciones indiscriminadas de suministro de información.
- Reducir o suprimir los requisitos de información impuestos por normas superadas por la realidad (obsolescencia normativa).
- Facilitar informes vinculantes como aclaración oficial.

El objetivo de reducir las cargas administrativas en un 25% hasta 2012 resulta loable, pero no ataca lo fundamental: las duplicidades y la concatenación de ineficiencias entre diversos departamentos de una misma Administración, o entre distintas administraciones, por no hablar del disparate de articular irracionales medidas de fomento, ya que al daño que generan por introducir ventajas anticompetitivas respecto de los no beneficiarios se le sumarían los costes inducidos entre los peticionarios que no resultan ser beneficiarios a la postre. Por ello, la estimación de la Comisión de que esta iniciativa podría propiciar un aumento del PIB de la UE del orden del 1,4 % (es decir, unos 150.000 millones de euros) a medio plazo, resulta poco verosímil, aunque sin duda va en la buena dirección.

En resumidas cuentas, la hoja de ruta presentada por la Comisión quedó plasmada en este cronograma de la *Comunicación sobre el Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas* en la Unión Europea:

2006	2007				2008		2009	2010-2012	2012
	Enero	Marzo	Mayo	Octubre	Octubre	Diciembre	Consejo de Primavera		Consejo de Primavera
<p>1. Nivel comunitario</p> <p>Estudio piloto para: - Delimitar los ámbitos prioritarios (a nivel nacional y de la UE) - Alcanzar un acuerdo metodológico</p> <p>↓</p> <p>Análisis estratégico del Programa "Legislar mejor"</p> <p>↓</p> <p>Informe anual de evolución Actualizar el proyecto sobre la carga administrativa Programa de simplificación</p>	<p>Conclusiones del Consejo Europeo sobre el Programa de acción (objetivo estratégico)</p>						<p>Adopción de objetivos cuantificados específicos para la reducción de las CA a raíz de un informe sobre el Programa de acción</p>	<p>Presentación continua de propuestas legales para reducir las CA</p>	<p>Fin del programa</p>
	<p>Programa de acción para la reducción de las CA Ámbitos prioritarios Frutos maduros Medición (que/quien) Objetivos cuantificados</p> <p>Puesta en marcha del ejercicio de medición y reducción de la carga</p>				<p>OBJETIVOS CUANTIFICADOS Propuesta de la Comisión y acciones de decisión y aplicación</p>				
	<p>Acción sobre la reducción de la carga</p>								
<p>2. Estados miembros</p>	<p>Ejercicio de medición en curso</p> <p>Dan cuenta de la situación en los informes de evolución</p>				<p>Los Estados miembros cuantifican los objetivos nacionales y siguen dando cuenta de su aplicación</p>		<p>Siguen dando cuenta de la situación en los informes de aplicación</p>	<p>Acuerdan propuestas de reducción y modifican la legislación nacional, incluidas las medidas de transposición</p>	

Programa para la Reducción de las Cargas Administrativas

En España, la iniciativa comunitaria ha sido liderada por el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública (MPT)⁶. Esta decisión en cuanto al liderazgo administrativo no parece muy afortunada, y desde luego no se corresponde con la decisión adoptada en cuanto a la responsabilidad sobre la transposición de la Directiva Servicios (DS), que como destacaremos, confluye con la iniciativa de reducción de cargas administrativas en un sector fundamental de la economía, que abarca alrededor de 2/3 del PIB, aunque siga otro camino y emplee otras técnicas e instrumentos, tal y como reconoce el MPT, al destacar como una de las principales aportaciones a la reducción de cargas administrativas de la Administración General del Estado el transformar regímenes de autorización en declaraciones responsables. **Transformación, por cierto, forzada por dicha Directiva, y no por la gracia o magnificencia del legislador.**

España, como irónicamente no podía ser menos, expresó su deseo de superar el objetivo de reducir las cargas administrativas en un 25%. El Grupo de Alto Nivel (GAN) creado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de mayo de 2007, elaboró un Plan de Acción para la reducción de cargas administrativas, que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de junio de 2008, elevando el objetivo de reducción no al 25%, sino al 30% de las cargas administrativas. En modestia no hay quien nos gane. Si se consiguieran alcanzar

6 http://www.mpt.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas.html



los objetivos previstos, el ahorro de costes para las empresas españolas rondaría los 15.000 millones de euros.

Lo curioso del balance que realiza el MPT sobre las cargas administrativas más frecuentes a las que se enfrentan las PYMEs españolas⁷ —dicho sea también irónicamente—, es que guardan una íntima relación con la DS, en la parte más central del ‘red tape’ español. Y, claro, entonces ya no se puede hablar de un ejercicio voluntario o voluntarista, sino de una estricta y muy cualificada obligación jurídico-comunitaria.

Como ejemplo de dichas cargas administrativas más usuales, el MPT selecciona estas:

- *Presentar una solicitud para obtener la autorización de apertura de mi supermercado.*
- *Presentar una declaración responsable para iniciar la actividad de reparación de vehículos en mi taller.*
- *Recopilar y presentar los mismos documentos cada vez que solicito una subvención.*
- *Formalizar en documento público la compra del local donde montaré mi negocio.*
- *Conservar mis facturas para el pago de tributos y llevar un libro de registro.*
- *Informar a terceros y a la Administración sobre el consumo energético de los electrodomésticos que vendo colocando las correspondientes etiquetas.*
- *Presentar informes o memorias y hacer las inspecciones de calidad, de las instalaciones y de la maquinaria de mi taller.*

Por eso no es de extrañar que entre los logros apuntados por el MPT⁸, merezca una mención de honor “*Transformar regímenes de autorización por regímenes de declaración responsable (Ley 17/2009, de 23 de noviembre y modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*” (sic), o lo que es lo mismo, transponer la DS, como, por otro lado, es ineludible obligación de todo Estado de la Unión.

Ahora bien, si somos rigurosos —igual que se exige en la malentendida memoria económica de un proyecto normativo—, sería aconsejable realizar algo parecido a un *contraste de hipótesis o prueba de significación*, como los que se efectúan en los saberes empíricos. A este fin, y considerando la existencia de un Convenio de colaboración MPT-Consejo Superior de Cámaras de Comercio-CEOE-CEPYME desde 2008, no estaría de más analizar sus informes de los últimos ejercicios.

Centrándonos en las cargas generales o transversales que atañen a los emprendedores, ya en el informe CEOE-CEPYME de 2009, constan las siguientes recomendaciones:

- Eliminación en la práctica de la obligación de aportar fotocopia del DNI.
- Reducir plazos para obtener licencias de actividad empresarial.
- Tramitación electrónica de las licencias de actividad empresarial.

7 http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/2/03_Cargas_mas_frecuentes_PYMES.pdf

8 http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/2/04_Principales_reducciones_cargas_en_normas.pdf

- Evitar duplicidades en los requisitos de información exigidos por las diferentes AA.PP. en la tramitación de licencias de actividad empresarial.
- Aprobar licencias provisionales de funcionamiento mientras no se realizan las visitas técnicas de comprobación.
- Diseño de un documento (administrativo) único de información a las AA.PP.

De estas recomendaciones para afrontar las seis cargas administrativas más usuales según los empresarios, la primera carga ya no debiera ser tal en 2009, a tenor del Real Decreto 522/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes, al menos para la AGE, y que debiera ser miméticamente copiado por las restantes AA.PP. Pero en lo que atañe a las cinco cargas restantes, todas entran en el terreno de la DS, operativa desde el día de los santos inocentes de 2009, al menos en lo que concierne a 2/3 de la actividad económica empresarial regidos por dicha norma comunitaria, y que puede ser extrapolable al tercio restante, porque una vez culminado el cambio de procedimientos y sistemas de comunicación *Administración-Administrado*, el coste de su extensión resulta ínfimo. De hecho, la inclusión de esa posibilidad en la Ley 17/2009 —Ley *paraguas* de transposición de la DS— es contundente, al añadir áreas que en puridad no entrarían en la DS, pero que pueden sumarse por la loable apuesta y voluntad estatal de modernizar nuestras AA.PP. y reducir los costes para las empresas:

“Disposición adicional segunda. Inclusión de otros trámites en la ventanilla única.

La ventanilla única podrá incorporar trámites no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, entre ellos los que se realizan ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, y aquellos otros que se consideren necesarios.”

Tanto es así que, si se ejerciese esta opción —y es jurídica, económica y políticamente posible, ya que tanto la AEAT como la TGSS, como buenas recaudadoras, son entidades perfectamente adaptadas a la tramitación telemática-, se decantaría un vuelco radical en el *modus operandi* de las AA.PP. españolas, sumándose todas a esta nueva cultura, fuese por emulación, por vergüenza ajena o por presión de las organizaciones empresariales.

Con todo, un excelente fruto de la iniciativa ‘*Smart Regulation*’, emprendida por la Comisión Europea y seguida por España, ha sido la aprobación del *Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo*. Cuestión al margen es su correcta aplicación. Entre sus logros hay uno intelectual de enorme calado: la nítida diferenciación, al fin, entre el impacto económico y el impacto presupuestario.

La plasmación en este Real Decreto del persistente error histórico en la doctrina jurisprudencial española y en la propia inercia administrativa, de confundir lo presupuestario con lo económico, como si la parte lo fuese todo, muestra cierto propósito de enmienda en su exposición de motivos, que luego se trasladará al articulado:

*“En la regulación de su contenido se ha prestado especial atención a la valoración del impacto económico de las propuestas, **entendida como un concepto más amplio que***

la estimación del coste presupuestario y haciendo hincapié en el impacto sobre la competencia, (...)".

Y ya en la parte dispositiva:

"Artículo 2. Estructura y contenido de la memoria del análisis de impacto normativo.

1. La memoria del análisis de impacto normativo deberá contener los siguientes apartados: (...)

*d) **Impacto económico y presupuestario**, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, **incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas.**"*

Sólo cuando el impacto económico de la norma se estime nulo o inapreciable podrá prescindirse de la evaluación económica, y por ende de su reflejo en la competencia económica, limitándose entonces la memoria abreviada a la constatación del simple impacto presupuestario, además de otros (artículo 3).

Evidentemente esa excepción abre una puerta, o un portalón, a la picaresca nacional, a la justificación tautológica y puramente ritual en la explicación burocrática de por qué se prevé nulo o inapreciable el impacto económico de una disposición. Sin embargo, merced a los avances de la sociedad de la información, y a la accesibilidad y transparencia que propicia, será verdaderamente digno de la retórica ciceroniana ver cómo se justifica que una norma no precisa evaluar los costes de las cargas administrativas que puede provocar o inducir, cuando otra norma equivalente de la Unión Europea, o de sus Estados más serios y rigurosos, sí obliga a esa evaluación económica, y además con todo lujo de detalles. *Acta non verba*.

Mientras no se comprenda en España que una correcta generalización de las genuinas memorias económicas es imprescindible para ayudar a la economía productiva, y en especial a las PYMEs y emprendedores en general, poco se podrá conseguir con otro Real Decreto que introduce su propia '*loophole*' o escapatoria. Lo importante es cambiar de cultura regulatoria, y no legislar por legislar que vamos a cambiar nuestra cultura regulatoria. La generalización de esas verdaderas memorias económicas resulta además provechosa para contrarrestar el poder de los *lobbies* y grupos de presión más poderosos y mejor conectados, así como para poner coto a la discrecionalidad que, como los vampiros, es incompatible con la luz solar, y que por tanto raya o se enreda con la arbitrariedad.

Cierto es que los números también se pueden manipular, como sentenció Disraeli, según glosó Mark Twain, al legarnos la memorable frase: '*There are three kinds of lies: lies, damned lies, and statistics*'. Pero más cierto es que los números, a diferencia de los adjetivos, son bien fáciles de cotejar entre países y administraciones, por lo que si se sostiene, p.e., que una norma para regular los controles de eficiencia energética de los establecimientos comerciales inducirá unas cargas administrativas con un coste de diez millones de euros anuales en España, mientras en Irlanda se estima en cinco millones para la norma equivalente, en Dinamarca de doce millones y en Bélgica de veinte millones, algo habrá que explicar a mayores sobre la calidad de la memoria, no vaya a ser que ni se recoja correctamente el número de establecimientos comerciales afectados. Luego, a lo mejor, tal vez haya que asumir medidas antieconómicas,



porque hay bienes y valores axiológicamente superiores, que los hay y en abundancia —aunque muchos economistas patológicos lo duden—, pero el derecho a saber cuánto cuestan las cosas no se puede negar en una sociedad democrática y madura.

Con todo, como diría el estoico Lucio Anneo Séneca, *errare humanum est, sed perseverare diabolicum*. Claro que los datos de partida pueden estar incompletos, los modelos construidos ser inconsistentes, los cálculos efectuados resultar erróneos y las proyecciones anunciadas devenir mendaces. La economía no es una ciencia, ni natural ni exacta. Es una técnica que se va perfeccionando de modo paulatino. Una técnica con menos de tres siglos de trayectoria académica frente a, por ejemplo, los más de veinte del arte jurídico. Por eso precisa completar su análisis *ex ante* con una monitorización *ex post*, que se nutra con la información suministrada por los emprendedores en su contabilidad, con sus facturas y reacciones, y, sobre todo, que se enriquezca mediante la comparación de datos reales con otros países y administraciones de la UE. Para conseguir este deseable flujo de información una de las herramientas más útiles será, cuando funcione ya a pleno rendimiento, la “**ventanilla única**” (*point of single contact* —*psc*—), que por cierto ya debiera estar funcionando al 100%, según la Directiva Servicios.

El autochequeo está bien, pero el contraste externo está mejor: La “ventanilla única” de la DS (VUDS) como “punto único de respuesta” (PUR).

Las palabras crean realidades nuevas. Las palabras condicionan nuestras ideas y modulan nuestro pensamiento. Por eso, denominar con palabras viejas a fenómenos nuevos puede provocar que lo nuevo se confunda con lo obsoleto y lo caduco.

Antes de que existiese la Directiva Servicios (DS) ya se hablaba en España de “ventanilla única”. Tal vez el ejemplo más conocido sea el caso de la “ventanilla única empresarial”⁹, y su logro más celebrado fuese la creación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa¹⁰, con su constitución y registro en un plazo de 48 horas, merced al concurso del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), de la DG PYME del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, junto a las Cámaras de Comercio. Con este precedente, y otros que proliferaron por España adelante en ayuntamientos, CC.AA. o colegios profesionales, no es de extrañar que muchos, al oír que la DS obligaba a crear una “ventanilla única”, pensasen que ellos ya eran la vanguardia de la modernidad administrativa. Lamentablemente no es así. La “ventanilla única” de una entidad o Administración para recibir y tratar sus asuntos no es en absoluto la “ventanilla única” de la que habla la DS —llamémosla “VUDS”—, ni mucho menos lo es un registro administrativo único, o la conexión y coordinación de varios registros de diversas AA.PP. **La VUDS es una nueva institución jurídica, que poco o nada tiene que ver con aquellas pomposas “ventanillas únicas”.**

El legislador español que transpuso la DS tampoco ayudó mucho a comprender este galimatías, ya que él mismo denominó “ventanilla única colegial” al sistema de acceso telemático a los colegios profesionales, que por lógica sólo sirve para que los colegiados, o quienes pretendan hacer gestiones con el concreto colegio profesional, accedan a dicho colegio. Si un fontanero pretende obtener información o cursar una declaración responsable de

9 <http://www.ventanillaempresarial.org/>

10 Ley 7/2003, de 1 de abril, que modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada



su empresa ante la “*ventanilla única*” del colegio de joyeros de Cantabria, o del venerable colegio médico de Barcelona, iría muy desencaminado. Si a ello le unimos que tras más de dos años desde la fecha límite de transposición de la DS —que serían cinco años ya desde su publicación en el DOUE— todavía no se ha concretado en España qué profesiones son de colegiación obligatoria, se comprenderá que el caos sea absoluto y de difícil arreglo.

La RAE define el “*homónimo*” como la palabra que, siendo igual que otra en la forma, tiene distinta significación. Por su parte, “*sinónimo*” es para la Academia, “*dicho de un vocablo o de una expresión: Que tiene una misma o muy parecida significación que otro*”. Y este es nuestro problema. **La/las ventanilla/s única/s de antes no es/son idéntica/s, ni siquiera igual/es, que la ventanilla única de la DS (VUDS)**. Por eso, y no por snobismo, tal vez valga la pena en España red denominar a esta última como “*punto único de respuesta*” (**PUR**), para evitar equívocos, sean interesados o desinteresados.

Los matemáticos distinguen la igualdad de la identidad. La mayoría de la población, no. El hecho de que los juristas-lingüistas de la UE bautizasen al PUR como “*ventanilla única*”, del mismo modo que denominaron “*directivas*” a las “*directrices*” comunitarias, puede no ser en este caso tan inocuo como parece.

En las diversas versiones lingüísticas de la DS, a los distintos PURs nacionales se les denomina:

- Español: *Ventanilla única*.
- Inglés: *Points of single contact*.
- Francés: *Guichets uniques*.
- Alemán: *Einheitliche Ansprechpartner*.
- Italiano: *Sportello unico*.
- Neerlandés: *Eén-loket*.
- Sueco: *Gemensamma kontaktpunkter*.
- Portugués: *Balcão único*.
- Danés: *Kvikskranker*.
- Finés: *Keskitetyt asiointipisteet*.

No deja de resultar curioso que en unas versiones lingüísticas la misma institución sea denominada recurriendo a un objeto tangible, tradicional de sus oficinas de atención al público (español, francés, italiano, neerlandés, portugués, danés o finés), mientras en otros (inglés o sueco) ese objeto tradicional de la burocracia —*ventanilla*— se convierta en una ubicación abstracta —*punto*—. Sea como fuere, no se transmite correctamente la idea que late en la DS. O por decirlo de otra forma: tras una ventanilla única, o tras un genérico punto de contacto, puede haber múltiples interlocutores administrativos que se asoman a la ventanilla o al punto para charlar por separado con el administrado. Pero la cosa cambia cuando el interlocutor es único y, además, debe ofrecer una única respuesta al administrado, con independencia de cómo se organice la trastienda (*back-office*). Por

eso, tal vez la expresión más afinada sea la alemana, ya que aquí no se habla de una ventanilla (*Fenster*) ni de un punto (*Punkt*), sino que se evoca el resultado: una única respuesta desde la perspectiva del ciudadano (*Ansprech*). Otra cosa es que la estructura del PUR germano deje mucho que desear, a causa de su estructura y formato, por ser tan diverso como sus Länder y tan poco intuitivo —y poco amigo de los restantes idiomas de la Unión, por cierto—.

¿Por qué es relevante el PUR para contrastar los costes de las cargas administrativas? Evidentemente esta herramienta no se incluyó en la DS con dicha finalidad, pero puede ser muy útil al respecto si se despliega y funciona adecuadamente, sin necesidad de adaptarlo o ampliarlo.

Es obvio que los PURs nacionales no tienen por qué colgar las memorias económicas de las normas que crean cargas administrativas a las empresas en general y a los emprendedores en particular, aunque podrían hacerlo sin mayor problema y sería muy deseable. Pero lo que sí hacen —o deben hacer— es informar en tiempo real de las cargas, requisitos o condiciones más evidentes para el lícito ejercicio de una misma actividad empresarial o profesional de servicios en diversos municipios, CC.AA., Estados y AA.PP., en general, de toda la Unión. De este hilo debieran tirar los emprendedores, empresarios y profesionales, y sobre todo sus asociaciones sectoriales, para deshacer la inmensa madeja burocrática en la que se ven envueltos. Así, **con la debida información, fácilmente recopilada y contrastada directamente por ellos, podrían exigir cambios radicales en la forma de regular sus actividades**. Y este es un poder que antes no tenían, o que sólo estaba al alcance de grandes corporaciones con músculo financiero suficiente para encargar estudios comparados a consultoras o asesores especializados. Es el poder de la transparencia y el sentido común.

En el momento en que un empresario puede comparar directamente qué requisitos o condicionantes se le exigen por el hecho de desarrollar su actividad en un territorio determinado, bajo jurisdicción de una concreta A.P. o de varias AA.PP., frente a la alternativa de hacerlo en o desde otro territorio, la relación de poder o de sujeción se transmuta de forma radical.

Dicho en otros términos. Pensemos en qué sucedería si un emprendedor que desea iniciar su empresa en una actividad que no requiera una alta inversión en costes fijos, tuviese fácil acceso a información comparada por localidades. P.e., un adiestrador canino. Dado que el interesado posee experiencia amateur, detecta cierta demanda —adiestramiento para servicios privados de seguridad, custodia de urbanizaciones o viviendas aisladas, asistencia y compañía a personas con discapacidad, ...—, y además piensa desarrollar su actividad a domicilio, con lo cual el ahorro en costes de arranque es sustancial. Esto último le parece básico, por la minimización del riesgo que supone en caso de no fructificar convenientemente el negocio, y porque obtener la financiación bancaria de unas instalaciones permanentes es muy difícil en el momento actual, además de introducir rigidez a la hora de seguir a la demanda allí donde surja o se desplace.

Pues bien, lo primero que precisa el emprendedor es verificar qué condicionantes administrativos ha de observar. La actividad es perfectamente lícita. Tanto lo es que está considerada actividad empresarial por la Agencia Tributaria, con el epígrafe "979.4. *Adiestramiento de animales y otros servicios de atenciones a animales domésticos*". Es más, el Real Decreto



1037/2011, de 15 de julio¹¹, por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de siete cualificaciones profesionales de la familia profesional "Seguridad y Medio Ambiente", regula la cualificación profesional de "adiestramiento de base y educación canina", acotándola de este modo:

"Ámbito Profesional.

Desarrolla su actividad profesional tanto por cuenta propia como ajena, en el ámbito de las pequeñas, medianas y grandes empresas privadas, residencias, centros de adopción de animales abandonados, clínicas veterinarias, domicilios de particulares, así como, en las administraciones públicas y/o entidades, relacionadas con la cría, adiestramiento, venta, cuidados y actividades deportivas y recreativas de perros. Su actividad, con carácter general, se desempeña de forma autónoma, aunque puede depender, circunstancialmente, de un superior jerárquico."

Antes de nada, debe quedar claro, como dispone el artículo 1 de ese Real Decreto, que dichas "cualificaciones y su formación asociada correspondiente tienen validez y son de aplicación en todo el territorio nacional y no constituyen una regulación del ejercicio profesional".

Buscando por sus propios medios, dado que la "ventanilla única" española (VUDS) no le facilita información adecuada, el emprendedor se encuentra con que si desea, por añadidura, trabajar con ciertas razas caninas, deberá acatar específicamente la Ley 50/1999, de 23 de diciembre¹², sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos, donde se determina:

"Artículo 4. Comercio. (...)

*5. Todos los establecimientos o asociaciones que alberguen animales potencialmente peligrosos a que se refiere la presente Ley, y se dediquen a su explotación, cría, comercialización o **adiestramiento**, incluidos los centros de adiestramiento, criaderos, centros de recogida, residencias, centros recreativos y establecimientos de venta deberán obtener para su funcionamiento la **autorización de las autoridades competentes**, así como cumplir con las obligaciones registrales previstas en el artículo 6 de esta Ley.*

Artículo 7. Adiestramiento.

1. Queda prohibido el adiestramiento de animales dirigido exclusivamente a acrecentar y reforzar su agresividad para las peleas, y ataque en contra de lo dispuesto en esta Ley.

*2. **El adiestramiento para guarda y defensa deberá efectuarse por adiestradores que estén en posesión de un certificado de capacitación expedido u homologado por la autoridad administrativa competente.***

*3. **Los adiestradores en posesión del certificado de capacitación deberán comunicar trimestralmente al Registro Central informatizado la relación nominal de clientes que han hecho adiestrar a un animal potencialmente peligroso.***

¹¹ BOE n.º 209, de 31.8.2011.

¹² BOE n.º 307, de 24.12.1999.

so, con determinación de la identificación de éste, debiendo anotarse esta circunstancia en el Registro, en la hoja registral correspondiente al animal e indicando el tipo de adiestramiento recibido.

4. El certificado de capacitación será otorgado por las Administraciones autonómicas, teniendo en cuenta, al menos, los siguientes aspectos:

a) Antecedentes y experiencia acreditada.

b) Finalidad de la tenencia de estos animales.

c) Disponibilidad de instalaciones y alojamientos adecuados desde el punto de vista higiénico-sanitario, de protección animal y de seguridad ciudadana.

d) Capacitación adecuada de los adiestradores en consideración a los requisitos o titulaciones que se puedan establecer oficialmente.

e) Ser mayor de edad y no estar incapacitado.

f) Falta de antecedentes penales por delitos de homicidio, lesiones, torturas, contra la libertad, o contra la integridad moral, la libertad sexual y la salud pública, de asociación con banda armada o de narcotráfico, así como ausencia de sanciones por infracciones en materia de tenencia de animales potencialmente peligrosos.

g) Certificado de aptitud psicológica.

h) Compromiso de cumplimiento de normas de manejo y de comunicación de datos.

Artículo 13. Infracciones y sanciones.

1. Tendrán la consideración de infracciones administrativas muy graves las siguientes: (...)

e) Adiestrar animales potencialmente peligrosos por quien carezca del certificado de capacitación.

Disposición adicional segunda. Certificado de capacitación de adiestrador.

Las Comunidades Autónomas determinarán, en el plazo de seis meses, las pruebas, cursos o acreditación de experiencia necesarios para la obtención del certificado de capacitación de adiestrador."

El caso es que al emprendedor en este ramo —como les sucede a muchos otros en diversos ramos que podríamos enumerar— le resulta materialmente imposible, o muy costoso y difícil, conocer toda la normativa que regula su actividad en todo el territorio nacional, para valorar así dónde le sale más a cuenta iniciar su andadura profesional. Y, por ende, desconoce a dónde debe acudir en cada sitio para que le informen y, al fin, cumplirla, dado que no se han articulado los procedimientos y asignado responsabilidades concretas dentro del magma de las AA.PP. españolas. Compruébese buscando en la VUDS española. Por desgracia, el legislador todo lo solventa con la constante apelación a las ignotas "autoridades competentes".

Pero es más, al no precisar qué se entiende por “*instalaciones y alojamientos adecuados desde el punto de vista higiénico-sanitario, de protección animal y de seguridad ciudadana*”, se posibilita que cada C.A. o, incluso, cada municipio, interprete lo que estime oportuno, induciendo desigualdades económicas intolerables en algo tan mensurable como son los diversos costes de equipamientos que debieran ser idénticos, dependiendo de dónde se ubiquen.

¿Alguien se preocupó en su día de evaluar con método y rigor los costes económicos de las cargas administrativas introducidas? La falta de previsión y seguimiento del ulterior desarrollo normativo —con un mero desarrollo parcial, mediante el Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo¹³—, que no se ocupa, 27 meses después de aprobada la Ley, de precisar convenientemente lo que concierne a los costes de las instalaciones “*adecuadas*”, es la prueba irrefutable de aquella carencia originaria.

De todos modos, si alguna C.A. o Ayuntamiento hubiesen implementado correcta e íntegramente el mandato del legislador estatal sobre las “*instalaciones adecuadas*”, y esa información se hubiese volcado de manera precisa en el PUR español, la mera comparativa de los requisitos entre las CC.AA. o ayuntamientos, y de los costes explícitos trasladados al emprendedor —v.gr. tasas—, más los costes tácitos —v.gr. tiempos máximos y medios de tramitación, efectos del silencio administrativo, ...—, permitirían casar la adecuación de las hipotéticas memorias económicas *ex ante* con la realidad económica *ex post*, facilitando a la vez la iniciativa al emprendedor.

La misma indolencia valorativa de las AA.PP. puede hallarse en negocios sometidos a una estricta regulación, pero cuyo contraste se antoja imposible a causa de la absoluta falta de información, como podrían ser los negocios insertos en la así denominada “*División 9 (otros servicios)*”, de la Sección 1, de las actividades tipificadas por la Agencia Tributaria para ser debidamente censadas en el ámbito fiscal (p.e. 921.3 exterminio de animales dañinos y desinfección; 922.2 servicios especializados de limpieza; 934 enseñanza fuera de establecimiento permanente; 966.2 zoológicos y similares; 979.3 agencias matrimoniales y otros servicios; ...).

Algo semejante se podría predicar de otras actividades empresariales o profesionales perfectamente lícitas en diversos Estados de la UE, y que por tanto, en hipótesis, pueden ofertarse en España mediante servicio transfronterizo mientras no esté expresamente prohibida o sujeta a autorización previa, con un régimen legal notificado a Bruselas. Pensemos en el caso de compra-venta de productos de joyería de segunda mano, fuera de establecimiento permanente y con las debidas medidas de seguridad, o la tasación a domicilio de bienes muebles singulares, con o sin intermediación, entre una multitud de supuestos. Quien quiera desarrollar una de esas nuevas actividades en España, actividades que suponen otra forma de hacer lo mismo que tradicionalmente estaba regulado en nuestro país, no encontrará un punto único de respuesta de las AA.PP. que le transmita seguridad jurídica sobre la licitud de su iniciativa empresarial. Véase lo que sucede con los establecimientos de compra-venta de oro, que proliferan como hongos en España: la regulación versa sobre los “*establecimientos*”, no sobre la “*compra-venta*” en puridad, como si no se pudiese hacer fuera de esos establecimientos, aunque se realizase con las garantías y controles que fuese menester.

13 BOE n.º 74, de 27.3.2002.

En cualquier caso, todo emprendedor debe tener la garantía absoluta de que lo que no se halle en el PUR español es tan lícito como lo que esté inserto en él, siempre que no sea objeto de restricción penal, y ello por varios motivos:

- a) La oferta y la demanda varían más rápidamente en las sociedades económicamente maduras que en las sociedades en transición económica.
- b) La aparición de nuevos modelos de negocio que estimulan la competencia (bienes y servicios sustitutivos) no puede verse ralentizada por la incertidumbre jurídico-administrativa, ya que no ayuda a generar nuevos yacimientos de empleo ni a contener la inflación, lo que resulta básico para incrementar nuestra competitividad internacional.
- c) Deben afianzarse en la práctica los siguientes principios:
 - c.1) Lo que no está prohibido, está permitido.
 - c.2) Lo que no está regulado, está liberalizado.

Si el PUR español funcionase, al menos, como prevé la *Ley paraguas*, 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, sería de una inestimable ayuda para que los emprendedores pudiesen cotejar la racionalidad económica de lo que se les exige, tanto entre AA.PP. españolas, como entre éstas y las restantes de los otros Estados y AA.PP. de la UE. Para ello **sería de agradecer** —aunque no sea legalmente exigible— **que los gestores del PUR español colocasen en él la información traducida de los requisitos y trámites que exigen otros países. Tal vez así contribuyesen a fomentar la realización de “tanteos” transfronterizos de nuestros profesionales, además de reducir sus trabas administrativas domésticas.**

En efecto, en dicha Ley 17/2009 (*Ley paraguas* de la DS) se requiere como obligación de hacer y de resultado a la “*ventanilla única*” (VUDS) española:

“Artículo 18. Ventanilla única.

Los prestadores de servicios podrán acceder, electrónicamente y a distancia a través de una ventanilla única, tanto a la información sobre los procedimientos necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, como a la realización de los trámites preceptivos para ello, incluyendo las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para obtener una autorización, así como las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, asociaciones, colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.

2. Las Administraciones Públicas garantizarán que los prestadores de servicios puedan, a través de la ventanilla única:

- a) **Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a su actividad y su ejercicio.**
- b) **Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias.**
- c) **Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos**

de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el órgano administrativo competente.

3. Asimismo, las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para garantizar la interoperabilidad de los distintos sistemas.”

Ese “**garantizarán**” impuesto a las AA.PP. para que los emprendedores de nuevos servicios puedan obtener “**toda**” la información y formularios, y presentar “**toda**” la documentación, no está condicionado por nada. Ni siquiera está condicionado por el truco de la Disposición final tercera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, es decir, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, ni tampoco por el nuevo truco introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹⁴. Ese “**garantizarán**” es operativo desde el 27 de diciembre de 2009, con el efecto benéfico añadido de que, una vez que se materialice para los emprendedores de nuevos servicios, el coste de extender el sistema a la práctica totalidad de emprendedores en otros sectores o ámbitos será tan residual y ridículo que sólo motivos inconfesables —celo burocrático, arbitrariedad, poder gris, ...— podrían justificar su exclusión de esa nueva cultura administrativa y cívica.

No contento con ese mandato unívoco e incondicionado, enfatiza y precisa por añadidura el legislador en la Ley *paraguas* de la DS:

“Artículo 19. Garantías de información a través de la ventanilla única.

1. Los prestadores y los destinatarios tienen el derecho a obtener, a través de la ventanilla única y por medios electrónicos, la siguiente información, que deberá ser clara e inequívoca:

a) Los **requisitos aplicables a los prestadores** establecidos en territorio español, en especial los **relativos a los trámites necesarios** para acceder a las actividades de servicios y su ejercicio, así como los **datos de las autoridades competentes** que permitan ponerse en contacto directamente con ellas.

b) Los medios y condiciones de acceso a los registros y **bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios.**

c) Las **vías de reclamación y los recursos** que podrán interponerse en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.

14 Disposición adicional séptima.

Modificación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Uno. Se adiciona un nuevo apartado 5 a la disposición final tercera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que queda redactado en los siguientes términos:

5. Las Comunidades Autónomas y las Entidades integradas en la Administración Local en las que no puedan ser ejercidos a partir del 31 de diciembre de 2009 los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley, en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia, deberán aprobar y hacer públicos los programas y calendarios de trabajo precisos para ello, atendiendo a las respectivas previsiones presupuestarias, con mención particularizada de las fases en las que los diversos derechos serán exigibles por los ciudadanos.

Los anteriores programas podrán referirse a una pluralidad de municipios cuando se deban ejecutar en aplicación de los supuestos de colaboración previstos en el apartado anterior.

Dos. Los programas mencionados en el apartado anterior deberán ser objeto de aprobación y publicación en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley.



d) Los **datos de las asociaciones sectoriales de prestadores de servicios** y las organizaciones de consumidores que presten asistencia a los prestadores y destinatarios de los servicios.

2. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas para que en la ventanilla única pueda accederse a la información contemplada en este artículo en castellano, en las lenguas cooficiales del Estado y en alguna otra lengua de trabajo comunitaria.

3. Asimismo, se facilitará que los prestadores y los destinatarios puedan obtener por medios electrónicos y a distancia, en particular a través de **las ventanillas únicas de otros Estados miembros**, el acceso a:

a) Información general sobre los requisitos aplicables en los demás Estados miembros al acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en especial, la información relacionada con la protección de los consumidores.

b) Información general sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio entre el prestador y el destinatario en otros Estados miembros.

c) Datos de las asociaciones u organizaciones de otros Estados miembros, incluidos los centros de la Red de centros europeos de los consumidores, que pueden ofrecer a los prestadores o destinatarios asistencia práctica.

4. El derecho a la información contenido en este artículo no exige a las autoridades competentes que faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares.”

En consecuencia, el PUR español no sólo debe informar sobre si procede o no tramitar solicitudes de autorización, declaraciones responsables o comunicaciones previas, y además tramitarlas para ejercer una actividad empresarial o profesional, sino que también debiera facilitar el acceso a información relevante para un emprendedor desde el punto de vista económico. Este es el sentido económico de la referencia a los “requisitos”, ya que de hecho puede haber actividades en las que se regulen requisitos a nivel estatal, autonómico o local y no precisar cursar siquiera una mera comunicación. Pero aún lo es más al referirse a las “bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios”, cuyo sentido útil es que el emprendedor conozca a sus competidores y a los clientes potenciales —distribución geográfica de la competencia, dimensión de los competidores, ubicación de usuarios, ...-.

Por último, el PUR español debe configurarse como la línea de conexión natural y universal entre el emprendedor y el conglomerado de AA.PP. con el que ha de relacionarse, sea nacional o no, residente o no. Así se deduce de la previsión del art. 28 de la Ley paraguas:

*“Sin perjuicio del deber de **los prestadores** de atender los requerimientos de información formulados por las autoridades competentes, **deberán informar, a través de la correspondiente ventanilla única, de los cambios que afecten a las condiciones que determinaron el otorgamiento de la autorización.***

Dicha información se comunicará en la lengua o lenguas facilitadas en la ventanilla única.”

Y tal línea de conexión entre emprendedor y AA.PP. se impulsará de verdad cuando se tome la decisión política de sustanciar lo que a nivel jurídico y tecnológico ya es, hoy, posible y deseable, como se trata de la ya referida incorporación al PUR (VUDS) de los trámites de



la Agencia Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social, según la Disposición adicional segunda de la misma Ley *paraguas*.

Todo este sistema de control *ad intra*, en España, de la discrecionalidad normativa y administrativa, así como de paralelo fomento de la racionalidad económica, que es impulsada merced al contraste que podrían realizar directamente los emprendedores y sus organizaciones sectoriales, viene además reforzado por la supervisión ejecutiva de la Comisión Europea, que a su vez, tiene el deber y la capacidad de cotejar los procedimientos alternativos que hubieran empleado los restantes Estados y AA.PP. regionales de la Unión en cada modelo de negocio. Al efectuar ese análisis, la Comisión Europea desborda y supera el mero control de legalidad que le correspondería a un Tribunal, ya que también debe evaluar si no existen alternativas regulatorias más eficientes. Y, claro, si ya se ha demostrado en otra A.P. europea que ello es posible, será muy difícil que una determinada A.P. española pueda recibir un trato de favor frente a una "best practice" que ya hubiese sido contrastada con éxito.

El cauce para someterse al examen de legalidad comunitaria y, sobre todo, de eficiencia económica, que da sentido a una "smarter regulation", a una normativa más inteligente, se recoge en la Disposición adicional cuarta de la Ley *paraguas*:

"Disposición adicional cuarta. Notificación a la Comisión Europea.

El órgano administrativo competente comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, antes de su aprobación y en los términos y por los cauces que se establezcan reglamentariamente, cualquier proyecto de norma legal o reglamentaria en el que se prevean requisitos del artículo 11.1 de esta Ley, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del artículo 11.2, o requisitos del artículo 12.2, incorporando una memoria justificativa en la que se motive su compatibilidad con los criterios del artículo 12.3, para su posterior notificación a la Comisión Europea."

La razón no es otra que la asumida en el artículo 6 de dicha Ley *paraguas*:

"Artículo 6. Procedimientos de autorización.

*Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, **proporcionados** al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general."*

El examen de proporcionalidad, es decir, de racionalidad económica, varía mucho cuando el examinador no está sometido a ningún tipo de supeditación al examinado y, sobre todo, cuando dicho examinador forja su criterio una vez que ya ha visto qué resultados han obtenido los restantes examinados. Es ahí donde los números derrotan sin ambages a los adjetivos, y la matemática hace enmudecer a la retórica.

Esta concepción de la VUDS como “*punto único de respuesta*” (PUR) obedece a una interpretación sistémica y teleológica ya no sólo de la DS, sino de la *raison d’être* de un mercado interior y único dentro de la UE. Legislar y reglamentar sobre emprendimiento, empresas y actividades profesionales en un entorno europeo no puede hacerse como cuando un Ministerio pensaba en el pequeño mercado español, o una Consejería autonómica en el aún más pequeño mercado regional.

Cuanto antes transformemos la VUDS española en un auténtico PUR y más lo enriquezcamos, mayores serán los beneficios para nuestros emprendedores y para nuestra sociedad, merced a la dinámica que se pondrá en marcha de reducción de cargas administrativas y costes asociados.

La Comisión Europea comparte en gran medida esta orientación, aunque lo haga de modo oficioso en su “*Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*”¹⁵. No en vano, sostiene (enfático propio):

“Tales ventanillas se conciben como interlocutores institucionales únicos desde la perspectiva del prestador de servicios, de modo que éste no tenga que ponerse en contacto con varias autoridades u órganos competentes para recabar toda la información pertinente y completar lo necesario para el ejercicio de sus actividades de servicio. Los Estados miembros han de poner las ventanillas únicas a disposición de todos los prestadores de servicios, independientemente de que éstos se encuentren establecidos en su territorio o en el de otro Estado miembro. Lógicamente, tal obligación procede tan solo en relación con los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pero **es posible que los Estados miembros decidan considerar su ampliación a la totalidad o parte de los sectores excluidos. El mismo razonamiento se aplica en relación con ciertas cuestiones excluidas de la Directiva. Por ejemplo, es posible que los Estados miembros consideren el establecimiento del sistema de ventanilla única también para el cumplimiento de determinados requisitos fiscales, como la asignación de números del IVA .**”

*El establecimiento de mecanismos de este tipo para las empresas es un objetivo perseguido por los Estados miembros desde hace años y la obligación prevista en la Directiva de servicios es, por tanto, acorde con los fines de otras iniciativas comunitarias y tiene carácter complementario de los mismos, en particular en lo que respecta al compromiso asumido por el Consejo Europeo de establecer ventanillas únicas para las empresas incipientes para finales de 2007. **No obstante, la obligación legal contenida en la Directiva de servicios es más amplia y comprende todo tipo de empresas (no solo las incipientes), todos los destinatarios de servicios (con fines informativos) y todos los tipos de procedimientos (no únicamente los que atañen a empresas incipientes).**”*

En cuanto a la organización del que debiéramos catalogar como “PUR”, dice la Comisión:

“Cada Estado miembro es libre de decidir cómo organiza el sistema de «ventanilla única» en su territorio, pero ha de asegurarse de que éste se ofrece a todos los prestadores de servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva en lo que

15 Comisión Europea.
 Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007
 ISBN 978-92-79-05983-4

respecta a la **realización de todos los procedimientos y trámites relativos a los servicios y cuestiones incluidos.**

El concepto de «ventanilla única» no significa que los Estados miembros estén obligados a establecer un único órgano centralizado en su territorio. Pueden optar por una pluralidad de ventanillas. Sin embargo, **tales centros deberán ser «únicos» desde el punto de vista del prestador** (es decir, debe brindarse a éste la **oportunidad de realizar todos los procedimientos a través de un solo punto de contacto**). (...)

Por otra parte, los Estados miembros pueden optar por constituir ventanillas únicas de carácter electrónico, evitando la implantación de infraestructuras físicas específicas a las que deban acudir los prestadores de servicios. En este caso, ha de prestarse especial atención a una estructuración clara de la información y de los procedimientos en sitios web o en herramientas electrónicas similares, en los que se faciliten orientaciones comprensibles referidas a la totalidad de los procedimientos y trámites que han de seguirse para el acceso a las actividades de servicio y para su ejercicio. A través de estas ventanillas únicas de formato electrónico se debe facilitar a los prestadores la identificación de todos los procedimientos y trámites aplicables a sus solicitudes en concreto, así como la obtención de una visión general uniforme de las que se encuentran en curso. En consecuencia, **no bastará con incluir una mera relación o compilación de vínculos de Internet en un sitio web central.** Asimismo, si se crean ventanillas únicas de carácter electrónico, será necesario establecer una línea de asistencia a la que puedan recurrir los prestadores en caso de dificultad. (...)"

Hasta ahora, por desgracia, en España no disponemos de una genuina VUDS, más allá de su apariencia formal, ni mucho menos de un PUR que compita en cuanto a prestaciones obligatorias, complementarias y voluntarias con sus homólogos del resto de la UE. Tanto es así que cualquier Ministerio, Consejería o Ayuntamiento españoles pueden modificar disposiciones, órdenes u ordenanzas, además de cambiar modelos y formularios, sin que se vean compelidos a su inserción en la VUDS. O por decirlo en otras palabras, si cualquier Ayuntamiento español precisa publicar sus ordenanzas en un boletín oficial para que éstas tengan validez jurídica, sin embargo dejar de comunicarlas y de proporcionar un resumen inteligible al gestor de la VUDS adolece de cualquier consecuencia jurídica, fuese el simple aplazamiento de su vigencia, fuese su anulabilidad o su nulidad, o cualquier otra consecuencia relevante, como sería la inaplicabilidad que prevé el Derecho Comunitario respecto de las normas nacionales que colisionen con las de la Unión. De esta manera se vacía de sustancia la de por sí vacua y atemporal precisión de la Disposición transitoria sexta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (Ley ómnibus estatal), que establece:

"Disposición transitoria sexta. Aprobación del sistema de gestión de la ventanilla única.

Con el objetivo de que la información administrativa en la ventanilla única prevista en el artículo 3 de esta Ley sea clara e inequívoca y esté actualizada, se acordará en la Conferencia Sectorial de Administración Pública, previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local, el sistema de gestión de la ventanilla única."

Esa es, por cierto, la misma Conferencia Sectorial a la que el artículo 6 de la Ley de Economía Sostenible encomendó en 2011 acordar e impulsar los criterios para promover la aplica-



ción de los principios de buena regulación. Claro que, ya se sabe, “promover la aplicación” equivale a menudo a no aplicar, pura y simplemente.

Lo lógico, lo razonable, hasta lo recomendable, habría sido que dicha Conferencia Sectorial de Administración Pública hubiese trabajado intensamente durante 2010 para articular el sistema de gestión de la VUDS, sin que ello desmereciese la idoneidad de aprobar también un Real Decreto que diese suficiente entidad jurídico-vinculante a la obligación formal de que todas las AA.PP. informasen, puntual y correctamente, al gestor de la VUDS, para que ésta estuviese permanentemente actualizada, en tiempo real, y fuese mejorando paulatinamente sus niveles de excelencia frente a los PUR competidores de otros Estados de la Unión. Sin embargo, lo lamentable, lo injustificable, lo insólito, es que la referida Conferencia Sectorial de Administración Pública se reunió 0 (cero) veces a lo largo de 2010, precisamente el año clave del despegue y el año en que más urgente era el esfuerzo racionalizador, para reducir de verdad y significativamente las cargas administrativas a unas empresas asfixiadas en España por la falta de crédito, una España campeona absoluta de desempleo a nivel europeo. Como acredita oficialmente el Ministerio de Política Territorial¹⁶, nada se hizo durante 2010 en cuanto a la gobernanza de la VUDS, al menos por parte del órgano colegiado al que el legislador español encomendó tan importante responsabilidad.

Ahora no vale la pena lamentarse por la leche derramada. Lo que importa es hacer las cosas mejor. Un inminente PUR competitivo, llámese nominalmente “*ventanilla única*” o no, podría introducir información trascendente en lo que concierne a la reducción de cargas administrativas, máxime si incorporase información económicamente relevante como:

- Tiempo medio de obtención de respuesta administrativa, y no sólo el tiempo máximo legal y las consecuencias jurídicas del silencio.
- Importe de las tasas a pagar (llama poderosamente la atención que esta información brille por su ausencia en la inmensa mayoría de los trámites incluidos en la VUDS española que llevan asociada una tasa).
- Informes económicos confeccionados *ex ante* durante la preparación de cada norma y memorias económicas de contraste, elaboradas *ex post*, tras cada ejercicio de aplicación de la norma ya en vigor.
- Información verificada y contrastada, volcada en español, sobre cómo regulan la misma actividad otros Estados o AA.PP. de la Unión, lo que sería de especial importancia para las CC.AA. que hagan frontera con Portugal o Francia.

De esta forma, aunque el legislador comunitario no lo hubiese pretendido, el PUR sería el complemento perfecto para atacar con contundencia las cargas administrativas económicamente irracionales, y para auxiliar a los redactores de borradores, anteproyectos y proyectos normativos. Es lo bueno que tiene ver mundo, aunque sea desde la pantalla del ordenador, y no limitarse a memorizar códigos y disposiciones endogámicas. Las taras de la endogamia, es sabido, se curan relacionándose fuera del pequeño reducto de costumbre. Así se aprenden nuevas formas de organizarse y de hacer las cosas, en vez de seguir la ruta por caminos estériles en lo económico.

16 http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/cooperacion_multilateral/Conf_Sectoriales/Documentacion/Conf_Sect_Reuniones/parrafo/01/conferencias-sectoriales-2010.pdf

Conclusión

La aquilatada evaluación económica de los proyectos normativos es muy necesaria para reducir las cargas administrativas y sus parejos costes, que lastran la iniciativa empresarial. En un tiempo en el que el acceso al crédito bancario resulta difícil y en el que la competencia internacional no mengua, intentar reducir esos costes es una de las pocas palancas autónomas al alcance de las AA.PP. para reactivar el empleo. Por consiguiente, la generalización de dicha evaluación es urgente e imprescindible, debiendo convertirse en el pilar central de una nueva cultura de técnica normativa y de gestión administrativa.

Sin embargo, las herramientas de evaluación económica *ex ante* aún han de ser perfeccionadas y, en todo caso, al operar sobre factores que a menudo dependen de la voluntad de los operadores económicos, siempre han de someter sus resultados al contraste empírico *ex post*, para efectuar las correcciones precisas en la lucha contra la expansión irracional de los costes artificialmente inducidos a emprendedores, empresarios y profesionales.

En este ámbito, la "ventanilla única" de la Directiva Servicios (VUDS) debe reinventarse como un "punto único de respuesta" (PUR) al servicio de los operadores económicos, tanto desde la vertiente de la oferta como desde el de la demanda. Su transformación permitiría, además, que los redactores de proyectos normativos tuviesen a su alcance un instrumento de extraordinaria utilidad, dado que no hay ningún redactor omnisciente. El PUR permitiría no sólo detectar mejor todos los requisitos y cargas que confluyen en una actividad productiva o de servicios, sino que también facilitaría la comparación con otras soluciones a considerar, máxime si se han convertido en buenas prácticas ya asentadas en otras AA.PP. europeas.

Desde esta perspectiva, dada su situación estructural —escaso tejido propio en sectores con largo recorrido de valor, como la biotecnología, la industria farmacéutica, nuevos materiales, maquinaria de precisión...— y su reflejo en el empleo —gran destrucción de puestos de trabajo por décima de caída del PIB-, **España no puede conformarse con ser un país que se limite a hacer lo mismo que los demás en cuanto al despliegue de la VUDS. Debe hacerlo mucho mejor, construyendo un PUR que supere los mínimos exigidos por la DS**, ideado para detectar las cargas administrativas ineficientes y sus costes, además de servir para informar íntegramente y tramitar en su totalidad cuanto precisen los emprendedores, empresarios y profesionales para arrancar, ampliar o reorientar sus negocios, sin que ello merme la seguridad jurídica ni lesione los derechos de usuarios y consumidores, igualmente amparados por la DS.

Esta tarea no es responsabilidad de programadores informáticos. Lo es, primordialmente, de economistas y juristas de las AA.PP., trabajando en sintonía con las entidades sectoriales que aglutinen a los operadores privados, e intentado no hacer todo a la vez, sino **comenzando por los modelos de negocio más usuales, según los datos de la Agencia Tributaria**. Conforme se avance en la búsqueda de soluciones alternativas para reducir las cargas que pesan sobre esos negocios, también será más sencillo hallar adaptaciones útiles para los negocios más inusuales y para los deseables nuevos negocios, que deben surgir constantemente en una economía madura y en permanente evolución.

A diferencia de lo que sucede en otros ámbitos, fuera del alcance de los poderes públicos nacionales, en éste, en el que atañe a mejorar la regulación, haciéndola de forma más inteligente, querer sí es poder.



Los convenios urbanísticos

Resumen: *(Convenios Urbanísticos: Concepto. Límites. Mayores cargas de las establecidas legalmente. Tipos de Convenio. Carácter vinculante. Consecuencias indemnizatorias derivadas de la desvinculación de Convenios Urbanísticos formalizados. Viabilidad de monetización vía convenio del aprovechamiento lucrativo correspondiente a la Administración. Impugnabilidad de los Convenios Urbanísticos).*

Palabras clave: *(Convenio Urbanístico. Negocio Jurídico. Nulidad de pleno derecho. Mayores cargas. Perjudicados. Convenios de Planeamiento. Convenios de Ejecución. Carácter vinculante. Consecuencias Indemnizatorias. Aprovechamiento lucrativo. Monetización. Impugnación).*

Abstract: *(Planning agreement: Concept. Limits: Loads over legally established.: Types of planning agreement: Binding: Compensatory consequences arising from the declouping of formalized planning agreements. Viability of monetization by agreement of de lucrative use for de Administration. Contestability of planning agreements).*

Key words: *(Planning agreement. Void contract. Nullity. Higher loads. Injured. Planning agreements. Implementation agreements. Binding. Compensatory effects. Profitable explotation. Monetization. Contestation).*

Índice: *1. Consideraciones generales. 1.1. Introducción. 1.2. Breve referencia histórica. 2. Concepto de convenio urbanístico. 3. Objeto y límites de los convenios urbanísticos. 4. Clasificación de los convenios urbanísticos. 4.1. Convenio de planeamiento. 4.2. Convenio de ejecución. 4.3. Convenio de expropiación. 4.4. Convenio entre administraciones públicas. 5. Impugnabilidad de los convenios urbanísticos. 6. Aspectos registrales.*

1 Consideraciones generales

1.1 Introducción

La regulación legal de los Convenios urbanísticos ha venido precedida de una larga configuración jurisprudencial. Es la jurisprudencia la que, analizando la casuística de convenios que se sometían a su control jurisdiccional, ha sentado las bases de la normativa urbanística autonómica que ha ido surgiendo en los últimos años, corrigiendo el apartamiento de la norma en la que han incurrido, en no pocos casos, los representantes políticos al utilizar la técnica convencional.

Sin embargo, aún cuando las distintas normativas autonómicas establecen en muchos aspectos la misma regulación, ninguna parece otorgar una naturaleza precisa a esta figura jurídica; es como si el legislador tuviese cierto reparo en entrar a fondo en su regulación para concretar y detallar su objeto y finalidad, algo que se antoja como esencial para darle un vuelco a la percepción negativa generalizada que ha calado en la opinión pública sobre los convenios urbanísticos, sobre todo en los últimos años en los que se los ha asociado con la especulación y el pelotazo urbanístico, sin duda por haber sido utilizado, en no pocas ocasiones, en beneficio de intereses espurios y privados de toda suerte y no al servicio del interés general para el que fueron concebidos.

Una característica fundamental de los Convenios Urbanísticos es que con ellos se desborda la manifestación unilateral de la acción administrativa ya que habilitan la concertación de voluntades entre la administración y entidades de naturaleza pública y privada para la consecución de fines de interés público.

Y fruto de esa concertación se han generado a lo largo de los años convenios que regulan derechos y obligaciones de muy distinto contenido.

Para el análisis posterior de esta figura jurídica, resulta enormemente ilustrativa la opinión sobre los convenios de planeamiento de PARADA VÁZQUEZ¹:

En este mismo sentido, considera BOCANEGRA² que el urbanismo es una función pública reservada al Plan (algo que todos hemos aceptado desde siempre como un axioma), lo cual, viene sencillamente desmentido por la realidad.

1 En este sentido, señala que: "Era previsible que la moda negocial o contractual que esta introduciéndose ad nauseam en el Derecho público (sustituyendo al tradicional modo operativo de la Administración de los procedimientos unilaterales) hacia el convenio y que ya está legalizado en la legislación del procedimiento administrativa llegara también, ¡y con que prisas!, a la actividad urbanística. Primero fue la jurisprudencia, como veremos, la que sancionó la validez de los convenios urbanísticos, pese a que su objeto versara sobre algo tan innegociable como es la planificación urbanística (art. 1.255 del Código Civil). Ciertamente lo hizo de una forma indirecta, reconociendo la validez no sobre los efectos inmediatos del negocio, la ordenación urbanística y la consiguiente clasificación o calificación de los terrenos, puesto que siempre se deja a salvo que el efecto del convenio se articule y refrende a través de una modificación del planeamiento, sino de forma indirecta, al reconocerse efectos jurídicos reflejos a ese acto rigurosamente nulo desde la perspectiva tanto civil como administrativa, tales como la devolución de las cantidades percibidas por el municipio en caso de no ajustarse al planeamiento, etc. En definitiva, los convenios urbanísticos, muy cercanos a la figura penal del cohecho o la prevaricación ("*te ofrezco Ayuntamiento tanto de aprovechamiento urbanístico si me das tales edificabilidades sobre estos terrenos*"), y por ello absolutamente incompatibles con la filosofía que debe inspirar la planificación urbanística, donde sólo se deben contemplar los intereses generales, a cuyo servicio la Ley articuló asépticos y exquisitos procedimientos de aprobación y modificación y que, por mor de los convenios, se están convirtiendo en comparsas rituales para legitimar lo previamente acordado".- (Parada Vázquez, Ramón.- *Ordenamientos Urbanísticos, valoración, crítica y perspectiva de futuro*.- Ed. Marcial Pons, 1998.- Págs. 75 a 80).

2 Dice Bocanegra que "El urbanismo es una función pública, ciertamente, pero los poderes públicos no son capaces de ejercer, con lo que el Plan, la idea de Plan, queda, a su vez, absolutamente desnaturalizada, como sabe bien cualquiera que tenga contacto con estos temas más allá de los libros, o cualquiera que sepa, simplemente, mirar una ciudad o la ordenación del espacio. Ello podrá ser saludado con alegría o acertadamente criticado por contrario al Ordenamiento jurídico, pero lo cierto es que, hoy, ni los poderes públicos alcanzan a conducir



Es más, existen autores que consideran que esa consecuencia deriva directamente de la tradicional escasez de las haciendas locales y la libertad que han tenido los Ayuntamientos para decidir unilateralmente sobre el planeamiento, destacando entre ellos Vera Jurado e Idefonso Huertas³.

Así las cosas, a pesar de lo que acontece en los últimos años, de la utilización perversa de los convenios urbanísticos por los Ayuntamientos, de que hubieren coadyuvado al urbanismo desmedido, de que sirviesen como mecanismo de presión de los grupos inmobiliarios para clasificar suelo, es necesario potenciar los efectos indudablemente positivos que se derivan de los Convenios urbanísticos como cauce o instrumento para poder dar salida a las no pocas dificultades que planean sobre el urbanismo por la constante colisión del interés general y privado, por su efecto dinamizador en orden a la modificación del planeamiento y a viabilizar la gestión y ejecución urbanística.

El urbanismo es, entre otras cosas, un negocio jurídico y el convenio un medio adecuado para dar salida a la inoperancia del planeamiento general.

Es posible que, como apunta un sector de la doctrina, sea necesaria una regulación precisa que arbitre las medidas para que la planificación urbanística plasmada en el planeamiento general no se vea desfigurada por la aprobación sobrevenida de convenios de planeamiento que se encaucen a través de sucesivas modificaciones puntuales.

Por otra parte, como indica CANO MURCIA⁴ *“El convenio urbanístico, y dentro de ellos, el de planeamiento, que hasta ahora era la panacea para promover la iniciativa privada puede convertirse a partir de ahora, y de hecho ya está ocurriendo, en un “modus operandi” al que se le va poniendo cerco, de tal manera que quedará, deberá quedar, reducido a unos momentos temporales muy concretos y determinados. Nos referimos a los convenios que tengan lugar durante la revisión del planeamiento. Excepcionalmente y en supuestos muy tasados han de admitirse los convenios de planeamiento cuando no se está ante la revisión de planeamiento”*.

Quizá la normativa legal debería arbitrar los supuestos en los que sería factible encauzar un convenio vía modificación puntual, estableciendo la regla general de que los mismos sean incorporados a la revisión del planeamiento y formando parte de la programación general de todo el territorio.

Aunque lo que voy a decir es predicable de la regulación legal urbanística con carácter general y no exclusivamente de los convenios urbanísticos, urge la aprobación de la normativa reglamentaria para dotar de una mayor precisión la norma y, a la postre, de una mayor seguridad jurídica de las operaciones que se concierten por vía convencional.

los procesos urbanos ni el Plan a cumplir la función que le corresponde. No quiero decir yo, desde luego, que los convenios urbanísticos sean los únicos responsables de esta situación (ahí están, por ejemplo, además, las carreteras o el establecimiento de grandes superficies comerciales, capaces de volatilizár, literalmente, por sí mismos, uno o varios Planes urbanísticos). Sí que son, no obstante, los convenios urbanísticos, colaboradores directos e inmediatos en la producción del fenómeno que se apunta. Su absoluta cotidianidad, perfectamente coherente con la incapacidad de los poderes públicos para dirigir por sí mismos con instrumentos públicos la ordenación urbana, ha contribuido decisivamente a deshacer literalmente la idea de Plan como uno de los conceptos centrales de nuestro Derecho urbanístico” (Bocanegra.- *Los Convenios Urbanísticos. Estudios de Derecho urbanístico, de Huelgo Lora, A.*.- Ed. Civitas.-Madrid, 1998.-Prólogo).

3 Así, dicen estos autores que el deterioro de la idea de Plan, como concepto básico del urbanismo, se deriva en buena parte de “la endémica escasez de las haciendas locales para hacer frente a los procesos de urbanización y a la gran libertad unilateral de los entes locales para elaborar el planeamiento, lo que por un lado imposibilita la actuación exclusivamente pública, pero por otro, anima a los particulares a negociar y llegar a acuerdos con la Administración” (Vera Jurado, D. e Idefonso Huertas, R.- *La Ordenación Urbanística en el Derecho Urbanístico de Andalucía*.- Ed. Tirant lo Blanch.- Valencia, 2003.- Pág. 87).

4 Cano Murcia, Antonio.- *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico, 6ª Edición*.- Ed. Aranzadi.- Pamplona, 2006.- Prólogo a la sexta edición.- Pág. 28.



Por referirnos al caso de nuestra Comunidad Autónoma, son muchos años los que han pasado desde que se previese la aprobación de los reglamentos de planeamiento, gestión y disciplina urbanística en la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia, pero sólo disponemos en la actualidad del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado en desarrollo de aquélla.

Hoy seguimos aplicando en nuestra Comunidad Autónoma, Galicia, los reglamentos de planeamiento y gestión aprobados bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, algo que por el tiempo transcurrido, parece sencillamente incomprensible.

1.2 Breve referencia histórica

Aunque ya se produce una auténtica práctica convencional con anterioridad a esta Ley en el siglo XIX, sobre todo con la necesidad de crecimiento de los límites antiguos de las ciudades a través de la técnica de "Ensanche de Poblaciones" (práctica puesta de manifiesto en numerosa jurisprudencia, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1903 y 12 de febrero de 1904), es la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, la que sienta las bases del derecho urbanístico español. Ésta proclama por vez primera el urbanismo como función pública, prevé la creación de los patrimonios municipales de Suelo, la institucionalización del Plan, la equidistribución de cargas y beneficios y, además, numerosas referencias a la posibilidad de la formalización de convenios o acuerdos entre la Administración y los particulares.

Esta Ley estructura un sistema en dos fases: planificación pública y gestión de esta planificación, colocando al poder público en primer lugar, como garante de los intereses generales sobre los particulares.

Así, el propietario afectado por el proceso urbanizador puede convenir con la administración pero sin efectos vinculantes sobre la planificación, algo que se mantiene de manera constante hasta nuestros días en los textos legales que se han ido aprobando desde entonces.

Dos son los objetivos que perseguían los convenios urbanísticos en aquella época: i) facilitar a la Administración (generalmente los Ayuntamientos) el acceso a la titularidad de terrenos de particulares afectados por una determinada programación, evitando de esta forma el acudir a la expropiación, o ii) promover la participación de los particulares en obras de urbanización.

La Ley de 1956 fue reformada el 2 de mayo de 1975, aprobándose un Texto Refundido el 9 de abril de 1976. Estos cuerpos legales no varían de manera sustancial la técnica convencional, si bien establecen la técnica del aprovechamiento medio que es uno de los pilares de la práctica convencional.

El Texto Refundido de 1992 de la Ley del Suelo 8/1990, contiene continuas referencias a la técnica convencional. Sin embargo, tras la famosa sentencia del Tribunal Constitucional n.º 61/1997, de 20 de marzo, que declara inconstitucional la mayor parte del articulado del Texto Refundido de 1992, se dictó la Ley 6/1998, de 13 de abril, del régimen del suelo y valoraciones, que si bien no regulaba los convenios urbanísticos, preveía la posibilidad de convenir el pago en especie del justiprecio en las expropiaciones urbanísticas.

La Ley 6/1998 fue sustituida por la Ley 8/2007, de 28 de mayo y ésta, a su vez, por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del suelo.

Estas normas legislan dentro de los límites del art. 149 de la Constitución sobre aquellas cuestiones que tienen por finalidad garantizar la igualdad en todo el territorio español, sin entrar en la regulación urbanística de competencia exclusiva y plena de las Comunidades Autónomas.

Así, el Texto Refundido de 2008 incorpora dos cuestiones que resultan de obligada observancia por las leyes urbanísticas autonómicas relativas en la materia que estamos analizando:

- El art. 11.1 establece la necesidad de sometimiento de los convenios al trámite de información pública en los términos y plazos que establezca la legislación autonómica competente. Este requisito legal tiene su razón de ser en el derecho de participación ciudadana que reconoce el art. 9.2 de la Constitución.

Y tiene como reverso de la moneda el deber de la Administración de poner a disposición de los ciudadanos copias completas de los convenios urbanísticos. Así se prevé en la Disposición Adicional novena 2 de la Ley 8/2007 por la que se adiciona el art. 70 ter a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

- El art. 16.3 establece que el convenio que el promotor celebre con la administración no podrá establecer obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas de las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados, siendo nula de pleno derecho la cláusula que contravenga esa limitación.

Existe una coincidencia general de las legislaciones autonómicas en estos dos aspectos. En el caso de la Comunidad Autónoma gallega, la Ley 9/2002, de 31 de diciembre, de ordenación urbanística del suelo y ordenación del medio rural (LOUGA) prevé en su art. 233.2 que la negociación, la formalización y el cumplimiento de los convenios urbanísticos se registrarán por los principios de transparencia y publicidad.

El apartado 3) del meritado artículo contempla la nulidad de pleno derecho de las estipulaciones contenidas en los convenios que contravengan o infrinjan de manera objetiva, en cualquier forma, las normas imperativas legales o reglamentarias, en consonancia con la regulación legal estatal.

En definitiva, ha sido el legislador autonómico el que ha ido configurando el alcance, objeto, naturaleza y procedimiento de los convenios urbanísticos.

2 Concepto de convenio urbanístico

Los convenios urbanísticos son, en líneas generales, todos los convenios administrativos celebrados entre la Administración y personas o entidades públicas o privadas en el ámbito de la actuación urbanística.

Partimos de la premisa de que se trata de un negocio jurídico, esto es, un acuerdo de voluntades en el ámbito del Derecho urbanístico⁵ en el que de forma consensuada se busca una alternativa al ejercicio unilateral de las potestades urbanísticas por parte de la Administración.

En ese sentido, el Convenio Urbanístico se puede definir como un acuerdo de voluntades entre la Administración y personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, titulares de derechos urbanísticos (promotores, empresas urbanísticas, juntas de compensación, vecinos

5 Memento Práctico Lefebvre. Urbanismo 2005-2006. Pág. 91.



particulares...) que tienen su funcionamiento en el principio de participación de los particulares con el urbanismo y la capacidad negocial de la Administración.

Así los considera Cano Murcia⁶, que estima que son: "*celebrados con la finalidad de completar a la Ley, en aquellos supuestos en los que la regulación legal esté inacabada o prevé expresamente la llamada al convenio, resolviendo de esta forma los problemas que las insuficiencias de la legislación urbanística plantea y dando satisfacción a la participación de los ciudadanos en la definición de su digna calidad de vida.*"

Los contratos que realiza la Administración Pública pueden incardinarse dentro del marco del Derecho Administrativo o de las normas del derecho común (ya sean de Derecho Civil o Derecho Mercantil).

Así como en los contratos clásicos (civiles y administrativos) la Administración pretende obtener bienes o servicios que los particulares le pueden reportar a cambio de un precio (obras públicas, servicios de distinta naturaleza...), el convenio urbanístico es una técnica de administración directa, como indica SÁNCHEZ GOYANES⁷.

Otra definición, basada en la dificultad de definir su naturaleza jurídica, es la que ofrece Ochoa Gómez⁸.

Por otra parte, los convenios administrativos pueden tener como parte a dos Administraciones Públicas (convenios inter-administrativos) o a una o más Administraciones Públicas y a uno o más particulares (convenios administrativos con particulares).

Cuando nos encontramos ante formalización de acuerdos entre la Administración y personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuyo objeto afecta a determinada actuación urbanística (promotores, Juntas de Compensación, vecinos particulares...) nos encontramos ante un convenio urbanístico.

La legislación urbanística no ha afrontado de manera directa la definición de los convenios urbanísticos y ha preferido abordar la cuestión de una manera indirecta, utilizando expresiones que nos llevan a deducir el concepto. Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma gallega, ésta se limita a indicar su naturaleza y alcance.

En efecto, la LOUGA (al igual que las demás leyes urbanísticas autonómicas) dice en su art. 233.1 bajo el epígrafe "Concepto, alcance y naturaleza" que "*La administración autonómica y los municipios, así como sus organizaciones adscritas y dependientes y las demás organizaciones por ellos creadas conforme a esta Ley, podrán celebrar, conjunta o separadamente, y siempre en el ámbito de sus respectivas esferas de competencias, convenios urbanísticos entre sí y con personas públicas o privadas, en orden a su colaboración y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística*".

6 Cano Murcia, Antonio.- *Teoría y práctica del Convenio Urbanístico*, 3ª edición.- Ed. Aranzadi.- Pág. 24.

7 Que dice que: "los convenios urbanísticos sirven fundamentalmente para completar determinaciones legales en la materia, pactando nuevas ordenaciones y fijando los términos y condiciones de la gestión y ejecución del planeamiento en vigor". (Sánchez Goyanes, Enrique.- *Los Convenios Urbanísticos. Derecho Urbanístico de Cantabria*). Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, S.A.- Pág. 651).

8 Dice esta autora que el convenio urbanístico es "un instrumento contingente de acción concertada de la Administración Pública con uno o varios sujetos de derecho en orden al desarrollo de cualquier faceta de la realidad urbanística y de las competencias que típicamente la integran, y cuyo régimen jurídico —más o menos delimitado por una norma específica— queda determinado por la convergencia del contenido de las potestades típicas en este orden administrativo con elementos propios del concierto de voluntades (contractuales o no), debidamente modulados en función del concreto marco institucional en que se mueven". (Ochoa Gómez, María Pilar.- *Los Convenios Urbanísticos. Límites de la figura redentora del urbanismo*.-Ed. La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.- Madrid, 2006.- Pág. 55).

Es esa Jurisprudencia la que se ha encargado de ofrecernos una definición concreta de convenio urbanístico; véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994⁹.

La naturaleza jurídico administrativa de los convenios urbanísticos ha sido reconocida expresamente por las diferentes legislaciones autonómicas. En el caso de la Comunidad Autónoma gallega, así se remarca en el art. 233.4 de la LOUGA.

3 Objeto y límites de los convenios urbanísticos

Prácticamente cualquier actuación urbanística puede ir precedida de la suscripción de un convenio urbanístico, de manera que las situaciones previstas expresamente en las diferentes legislaciones urbanísticas autonómicas no agotan las posibilidades que pueden constituir el objeto de un convenio.

La cobertura legal de los convenios urbanísticos la encontramos en el art. 25.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que consagra el principio de libertad de pactos de la Administración al establecer que *“podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”*.

La LOUGA recoge de forma expresa las actuaciones que pueden ser objeto del convenio urbanístico (planeamiento y gestión), que son:

- Formación, modificación o revisión del planeamiento urbanístico (art. 234 a) y 235.3).
- Determinación de los términos y condiciones de la gestión y ejecución del planeamiento y demás instrumentos existentes (art. 234 b) y 236.1).

Como vemos, el objeto de los convenios urbanísticos es muy amplio, siendo la consecuencia derivada de la infracción de la normativa legal, la nulidad de pleno derecho.

El alcance, precisamente, de la previsión legal de nulidad de pleno derecho del art. 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, acarrea consecuencias importantes respecto del margen de maniobra de la administración en la negociación de un convenio urbanístico.

Según este precepto, los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente *“en perjuicio de los propietarios afectados”*. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho. Tal y como está redactado el precepto no es posible imponer vía convenio mayores cargas de las que están establecidas legalmente. ¿No era esa una de las utilidades primordiales de los Convenios?

La Jurisprudencia llegó a considerar contratos atípicos aquellos en los que un particular se comprometía a realizar cesiones por encima de las mínimas legalmente establecidas (STSJ Cataluña de 31 de marzo de 2001), pero hay un gran paso entre que esas cesiones no sean

⁹ La STS de 15 de febrero de 1994 declara: “instrumentos facilitadores de la actuación urbanística, constituyen una práctica que tiende a complementar las determinaciones legales en la materia, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas, contribuyendo a facilitar la gestión, eliminando” ab initio “los puntos de fricción y los obstáculos que una determinada actuación urbanística pueda originar; y sin que sea dable atribuir a las mismas la constitución de un sistema de ejecución del Planeamiento, sin que pueda sustituir en cada caso el Planeamiento elegido”.

una imposición de naturaleza normativa y que no puedan ser objeto de acuerdo por la administración y los particulares.

La cuestión puede pasar por analizar lo que significa la frase “*en perjuicio de los afectados*”. La Ley asocia el perjuicio de los afectados directamente a la existencia de prestaciones más gravosas de las legales, pero si se trata de convenir la cesión de un 20% del aprovechamiento lucrativo de un determinado sector a cambio de una reclasificación de rústico a urbanizable ¿qué es más perjudicial para los afectados? Parece que los “perjudicados” por la mayor cesión también estarían “beneficiados” por el Convenio.

En mi opinión, el perjuicio mirado aisladamente y desde la perspectiva de las cargas se produce, pero en una visión en conjunto (teniendo en cuenta también el beneficio que reporta) la cuestión suscita mayores dudas. La práctica convencional puede perder interés desde la perspectiva municipal con la nueva regulación. Lo más coherente sería interpretar que las mayores cargas las tiene que asumir íntegramente frente a la Administración el firmante del Convenio (pues no ostenta la condición de tercero) aunque de la literalidad de la norma no se desprende esta posibilidad, que no deja duda de que las cesiones por encima de las legalmente establecidas respecto de los terceros no es ya una finalidad legítima o plausible.

Otro de los límites a los que están sometidos los convenios lo constituye la prohibición de reservas de dispensación que deriva directamente del principio de legalidad. La LOUGA prevé expresamente en el art. 234 b) la prohibición de dispensa de planeamiento respecto de los convenios urbanísticos para la ejecución del planeamiento.

4 Clasificación de los convenios urbanísticos

No resulta fácil encuadrar las actuaciones urbanísticas que pueden ser objeto de convenios urbanísticos dada la multiplicidad de casos que pueden articular el objeto convencional y la complejidad de los supuestos que contemplan.

Está la clásica distinción que se planteó la doctrina entre convenios típicos (los que están previstos normativamente) y convenios atípicos (los que no están regulados normativamente pero no por ello ilegales) si bien esta distinción, en lo que a los convenios urbanísticos se refiere, pierde parte de su trascendencia una vez que se fueron regulando en las distintas legislaciones autonómicas.

Un ejemplo de contrato típico era el convenio sobre justo precio que contempla el art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa.

También se pueden clasificar los convenios según i) los sujetos intervinientes en el proceso de concertación e ii) el ámbito de la actividad urbanística sobre la que incidan.

- I) Según los sujetos intervinientes en el proceso de concertación podemos distinguir entre convenios formalizados entre administraciones públicas (convenios inter administrativos) y los formalizados entre la Administración y los particulares.
- II) Según el ámbito de la actividad urbanística sobre la que incidan, podemos clasificarlos en dos grandes grupos: los de planeamiento, que tienen como objetivo primordial la modificación del planeamiento, y los de gestión o ejecución del planeamiento vigente, que buscan una agilización de la gestión y ejecución del planeamiento y nacen una vez



concluida la fase de planeamiento. Esto no significa que el convenio para la gestión o ejecución tenga que tramitarse de manera separada y una vez que se tramite y apruebe el planeamiento, pues es perfectamente factible su tramitación simultánea o conjunta quedando demorada su eficacia a un momento posterior a la aprobación del planeamiento.

No obstante, tal vez quienes mejor han analizado sistemáticamente las diferentes formas de convenios urbanísticos hayan sido BUSTILLO BOLADO y CUERNO LLATA¹⁰.

La LOUGA contempla los dos tipos de convenio:

- Los convenios urbanísticos de planeamiento (art. 235)
- Los convenios urbanísticos para la ejecución del planeamiento (art. 246)

Aunque no se encuentran expresamente contemplados en la LOUGA, podríamos incluir una variante de los dos anteriores referida a los convenios urbanísticos que contienen aspectos en su texto que afectan al planeamiento y a la gestión (denominados en otras legislaciones autonómicas como convenios mixtos). Por ejemplo, es muy frecuente que los convenios de planeamiento contengan previsiones en aspectos propios de la reparcelación (por ejemplo, determinación del sistema de actuación, previsiones sobre la cesión del aprovechamiento urbanístico que corresponde al Ayuntamiento...).

Otra clase de convenios urbanísticos que podríamos considerar como una tercera categoría, serían los expropiatorios, que son los que se alcanzan durante la tramitación de un proceso de expropiación urbanística para el pago en especie del justiprecio, que trataremos más adelante.

Finalmente habría una cuarta categoría que sería la integrada por los convenios urbanísticos entre Administraciones públicas que presentan una serie de singularidades con respecto a los suscritos entre una Administración Pública y los particulares.

4.1 Convenios de planeamiento

Los convenios de planeamiento son una práctica habitual en la administración para la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor.

El carácter innegociable de la potestad de planeamiento se deriva del art. 235 a) de la LOUGA al establecer que en ningún caso vincularán o condicionarán en cualquier forma el ejercicio por las administraciones públicas, incluidas las que sean parte en ellos, de la potestad de planeamiento. La posibilidad de disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual, viene siendo excluida de manera constante por la jurisprudencia desde la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990 (RJ1990, 2694). Más significativa si cabe es la STS de 15 de marzo de 1997¹¹.

10 Los clasifican de la siguiente forma: "Urbanismo concertado (concurso para Programas de Actuación Urbanística: arts. 177 a 184). Convenios expropiatorios (art. 217). Convenios para gestión indirecta de Expropiaciones (art. 213). Convenios para la constitución de servidumbres (art. 211). Convenios para la transferencia del exceso de aprovechamiento (art. 151). Convenios sobre gastos de urbanización (art. 155, 2) y en el sistema de cooperación (art. 163, 3). Convenios para instrumentar la intervención mediadora de la Administración en las transferencias de aprovechamiento urbanístico en actuaciones asistemáticas (art. 194). Convenios para la cesión de terrenos del Patrimonio Municipal del suelo (art. 282 y ss) y Convenios sobre condiciones de conservación de urbanización en los planes y proyectos redactados por particulares. (Bustillo Bolado, R.O. y Cuerno Llata, J.R.- *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*. Ed. Aranzadi.- Pamplona, 1996.- Págs. 119 a 144).

11 Dice esta sentencia: "*Las exigencias del interés público que justifican la potestad del planeamiento, implican que su actuación no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados, por lo que aunque el Ayuntamiento hubiese celebrado contrato en el que se obligaba a una determinada clasificación de los terrenos con un determinado aprovechamiento, si*



Este carácter obligatorio y vinculante es absolutamente predicable de los convenios urbanísticos para la ejecución del planeamiento, pues por su propia naturaleza y objeto no pueden incluir provisiones sobre potestad de planeamiento.

La Administración puede convenir con los particulares dentro de los límites legales pero la potestad de planeamiento ha de responder en todo caso al interés general y según los principios de buena administración para obtener la ordenación urbanística posible, y ello con independencia de las consecuencias indemnizatorias que pueda acarrear la desvinculación por parte de la Administración o los particulares de convenios urbanísticos que hubieren formalizado el cambio de planeamiento. Y, en ese sentido se pronuncia Ochoa Gómez¹², si bien con matizaciones.

4.2 Convenios de ejecución

Si bien la Jurisprudencia se ha mostrado unánime en rechazar el carácter vinculante de los pactos incluidos en los convenios urbanísticos donde se compromete la potestad pública, declara sin embargo de manera constante el carácter obligatorio de lo pactado entre las partes al considerarlos negocios jurídicos bilaterales (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984).

Especial mención tiene, no obstante, la previsión legal del art. 236.2 de la LOUGA en la nueva redacción operada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre. Según este precepto los convenios en los que se acuerden los términos del cumplimiento de los deberes legales de cesión por su sustitución por el pago de cantidad en metálico cuando no puedan cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva correspondiente, y específicamente, la de los terrenos en que se localice el 10% del aprovechamiento tipo del ámbito de referencia, deberán incluir como anexo, la valoración pertinente practicada por los servicios administrativos que tengan atribuida tal función con carácter general ante la correspondiente administración.

Como el acuerdo sobre una contraprestación económica directa a favor del Ayuntamiento, en sustitución del aprovechamiento urbanístico que le corresponde, requiere de una valoración pericial objetiva para garantizar la equivalencia entre el valor del suelo y el valor dinerario, el legislador autonómico se ha cuidado de prever expresamente que la valoración pertinente deberá ser practicada por los servicios administrativos que tengan atribuida esa función.

Pero la nueva redacción del precepto transcrito contiene un cambio que nos lleva a tener que replantearnos los casos en los que es factible la monetarización del aprovechamiento lucrativo vía convenio.

posteriormente considera que el interés público requiere una clasificación o aprovechamiento distinto, puede alterar el planeamiento sin que el convenio sea obstáculo. La justificación de libertad en la posibilidad de desligarse de lo acordado —que no existe en el campo del Derecho Civil— tiene su justificación en que el urbanismo es una función pública y, como tal, indisponible e irrenunciable” (STS de 15 de marzo de 1997).

12 Dice esta autora: “Siempre que razones de interés público avalen su decisión, la organización pública podrá apartarse de los compromisos asumidos (...), mas en ningún caso, la mera alegación ex post facto del principio de indisponibilidad aprovechará a aquélla para dejar a su arbitrio la eficacia de lo convenido (si lo cumple y cuando lo cumple) o para desvincularse sin más de los compromisos adquiridos”. (Ochoa Gómez, María Pilar.- Op. Cit. en (8)- Pág. 202)

En una primera aproximación, nos encontramos con que el art. 237.2 establece que el 10% del aprovechamiento lucrativo se puede monetarizar en dinero, algo que no estaba previsto específicamente en la redacción del precepto anterior a la reforma de 2010, pero al mismo tiempo se hace constar que la sustitución por metálico es posible *“cuando no pueda cumplirse con el suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública”*.

Es decir, a pesar de que se especifica la posibilidad de monetarizar el 10% del aprovechamiento, esta posibilidad queda subordinada a los supuestos en los que no es posible cumplir con aquella finalidad de destinar el suelo a vivienda de protección oficial. En realidad, la regla general nunca dejó de ser, a pesar de los sucesivos cambios legislativos, la de entrega de suelo (véanse los deberes legales de los propietarios en el suelo urbano no consolidado y urbanizable), pero no es menos cierto que con la redacción anterior a la reforma de 2010 era factible entender -a pesar de que el 10% no estuviere nominalmente expresado en el precepto-, que la sustitución en metálico podría llevarse a cabo antes de la aprobación del proyecto de equidistribución y por razones de interés general a través de la suscripción y perfeccionamiento del correspondiente convenio.

Sin embargo, la redacción actual parece recuperar el espíritu del antiguo art. 157.5 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del suelo de Galicia, que preveía la posibilidad de transmitir el precio resultante del valor del aprovechamiento urbanístico cuando el suelo no resultaba *“adecuado a los fines del patrimonio municipal del suelo”*, si bien concretado a cuando no puede cumplirse con el suelo destinado a vivienda sometida a protección oficial.

En definitiva, la posibilidad de convenir la monetarización se ha visto seriamente limitada con motivo de la modificación introducida por la reforma de 2010 en el art. 236.2, si bien esa restricción sería predicable solamente de los polígonos o sectores de uso residencial y no de los destinados a otros usos (industrial, terciario...).

La propia Ley del Suelo de 2007 introduce una importante limitación a la posibilidad de monetarizar cuando exista la posibilidad de entregar suelo destinado a la construcción de viviendas protegidas, ya que especifica en su artículo 16, que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega de suelo por otra forma de cumplimiento del deber: *“excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra b) del artículo 10. Este porcentaje no formará parte del porcentaje de vivienda protegida que deben realizar los privados sobre las reservas del artículo 10”*.

4.3 Convenio de expropiación

El art. 30.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 contempla, en caso de expropiaciones urbanísticas y, mediando acuerdo con el expropiado, que el pago del justiprecio se pueda realizar en especie, completando de esta forma en el ámbito urbanístico la regulación contenida en la propia Ley de Expropiación Forzosa.

4.4 Convenio entre administraciones públicas

La LOUGA otorga un margen de maniobra amplio a las Administraciones públicas para la formalización de común acuerdo de convenios urbanísticos de planeamiento, para la for-



mación, modificación o revisión del planeamiento urbanístico, no siendo de aplicación en estos casos, las reglas que el art. 235.4 establece para los convenios que la administración suscriba con particulares.

Sin embargo, respecto de los convenios urbanísticos para la ejecución del planeamiento, la regulación no varía respecto de la prevista para aquellos casos en los que participan personas privadas.

En todo caso, este tipo de convenios se fundamentan en el contenido abierto y la pluralidad de fines de interés público que pueden alcanzarse con esta clase de convenios urbanísticos en los que destaca la presencia de intereses comunes y de competencias de administración concurrentes, tal y como expone Ávila Oliver¹³.

5 Impugnabilidad de los convenios urbanísticos

En primer lugar, es necesario recordar que el art. 237.1 de la LOUGA exige que una vez negociado y suscrito el convenio, sea sometido a información pública mediante anuncio insertado en el Diario Oficial de Galicia y en uno de los periódicos de mayor difusión en la provincia y durante un periodo mínimo de veinte días. Es decir, la Ley regula un procedimiento que es necesario tramitar para que el convenio suscrito alcance eficacia con trascendencia jurídica. Por consiguiente, no basta con que se suscriba, pues es necesario que el acuerdo de voluntades siga un procedimiento necesario en el que además se permite la participación de terceros que pueden realizar alegaciones y proponer cuantas enmiendas o correcciones consideren necesarias y que pueden afectar al contenido mismo del convenio firmado. El apartado 3) del meritado artículo, prevé que tras el periodo de información pública, el órgano que negoció el convenio deberá, a la vista de las alegaciones, elaborar una propuesta de texto definitivo del convenio, del que se dará vista a las personas que negociasen o suscribiesen el texto original, para su aceptación, reparos, o en su caso, renuncia. Además, el texto definitivo del convenio será notificado a las personas interesadas a efectos de su firma, siendo tras su perfeccionamiento cuando existirá un acto firme en vía administrativa y, como tal, susceptible de impugnación jurisdiccional.

En segundo lugar, cabe plantearse qué jurisdicción es la competente para dilucidar la legalidad de los convenios urbanísticos. Dada su naturaleza jurídico administrativa, no cabe duda que es competente la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 30 de octubre de 1997). Ahora bien, desde un punto de vista procedimental podemos encontrarnos ante dos situaciones de las que depende que el acto a impugnar sea distinto.

En efecto, depende de si la negociación del convenio coincide con un plan que se encuentra en tramitación o no. En el supuesto de que el plan esté en tramitación, el art. 237.2 de la LOUGA exige que el texto íntegro del convenio sea incorporado al plan general. Si el convenio se incorpora al planeamiento desaparece como tal, siendo en su caso el acto de aprobación definitiva del planeamiento el que debe ser objeto de impugnación¹⁴.

13 Como dice este autor: "esta concurrencia de intereses respectivos conlleva que ambas Administraciones aparezcan en posición jurídica de igualdad" (Ávila Oliver, J.L. - *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*. - Ed. Civitas. - Madrid, 2002. - Págs. 86-92).

14 Como dice la STS de 15 de diciembre de 1993: "en cuanto los convenios se incorporan a un Plan y son aprobados en el conjunto de éste, gozan y corren la misma suerte que el Plan, no siendo nulos más que cuando sus determinaciones lo son".

Por otra parte, está la posibilidad de que la tramitación del convenio se lleve de forma independiente al planeamiento general. En este caso la impugnación será autónoma del planeamiento. Como dice la sentencia de Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000, el convenio urbanístico es un acto sustantivo que resulta independiente del procedimiento de modificación o revisión del plan en sentido estricto, pudiendo ser impugnado de forma independiente y separada de éste.

6 Aspectos registrales

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 51.8 del Texto Refundido de 2008 es inscribible en el Registro de la Propiedad cualquier acto administrativo que en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde el momento de llevarse a cabo o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre las fincas determinadas o la descripción de éstas. El Convenio es inscribible como regla general mediante escritura pública pero también por certificación administrativa según se deriva del art. 52.

Una excepción de esta última posibilidad se produce en Canarias, donde el artículo 109.1 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, expone que los convenios urbanísticos no serán inscribibles en virtud de certificación administrativa, exigiendo el otorgamiento de escritura pública.

También es destacable cómo en Castilla León, su Reglamento de Urbanismo, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero, establece que *"los compromisos adquiridos en convenios urbanísticos por los propietarios de terrenos y demás inmuebles vinculan a los terceros adquirentes de dichos bienes, cuando tales compromisos hayan sido inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo previsto en su normativa específica"*.

Así pues, el Reglamento de Castilla y León ni establece ni veta la posibilidad de inscribir los convenios urbanísticos, sino que se limita a remitirse a la normativa reguladora del Registro de la Propiedad.

En cualquier caso, como ya apuntamos, la regla general es que es posible inscribir las cesiones de terrenos por particulares al Ayuntamiento en convenio urbanístico, siempre que así se recoja en documento público administrativo.

Siendo de destacar que a esa misma conclusión llega la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) en su Resolución de 22 de febrero de 2007, si bien excluye el caso particular de una transmisión de inmuebles por tratarse de la Comunidad Autónoma de Canarias.

No obstante, esta Resolución no resuelve si son o no inscribibles en el Registro de la Propiedad los convenios urbanísticos en que no se producen tales cesiones.

Para resolver esta cuestión se hace necesario acudir a las normas generales de Derecho Registral, que sólo permiten la inscripción de los títulos por los que se transmita el dominio de fincas determinadas o se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales



sobre ellas (artículo 2 de la Ley Hipotecaria), lo que se reitera en materia urbanística en el artículo 1.8 del Real Decreto 1093/1997¹⁵.

Debemos señalar, por último, que la precitada Resolución de la DGRN, de 22 de febrero de 2007, expone cómo los convenios urbanísticos son inscribibles en el Registro de la Propiedad siempre que, además de cumplir con las exigencias de la legislación local y urbanística que le son propias, así como con las impuestas por la legislación hipotecaria, tengan un objeto que sea *“susceptible de inscripción conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio”*.

Santiago de Compostela, enero de 2011

Bibliografía

ÁVILA OLIVER, E.- Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.- Ed. Cívitas.- Madrid, 2002.

BUSTILLO BOLADO y CUERNO LLATA Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares. Ed. Aranzadi. Pamplona 1996

CANO MURCIA, ANTONIO. Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico. 3ª Y 6ª Edición. Ed. Aranzadi.

HUERGO LORA, A.- Los convenios urbanísticos. Estudios de Derecho Urbanístico.- Ed.Cívitas.- Madrid, 1998.

MEMENTO PRÁCTICO LEFEBVRE. Urbanismo 2005-2006.

OCHOA GÓMEZ, María del Pilar.- Los convenios urbanísticos. Límites de la figura redentora del urbanismo.- Ed. La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados.- Madrid, 2004.

PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN.- Libro de AACC “Ordenamientos Urbanísticos. Valoración crítica y perspectiva de futuro” Ed. Marcial Pons 1998.

SÁNCHEZ GOYANES, ENRIQUE “Los Convenios Urbanísticos. Derecho Urbanístico de Cantabria”. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados. S.A.

Legislación

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

LEY 6/ 1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

15 Dicho artículo dice: *“serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, además de los actos expresamente regulados en este Real Decreto: ...8. Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas”* (Apartado 8, del artículo 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1992, de 5 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

DECRETO 1346/1976, de 9 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

LEY de 12 de mayo de 1956, sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

LEY 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

LEY 1/1997, de 24 de marzo del suelo de Galicia.

Jurisprudencia

Del Tribunal Supremo

13 de julio de 1984.

30 de abril de 1990.

15 de diciembre de 1993.

15 de febrero de 1994.

15 de marzo de 1997.

24 de junio de 2000.

15 de febrero de 2001.

15 de mayo de 2003.

17 de noviembre de 2005.

De los tribunales superiores de justicia:

Galicia:

15 de mayo de 2003.

17 de noviembre de 2005.

Baleares:

2 de marzo de 2001.

Andalucía:

12 de junio de 2001.

Extremadura:

24 de julio de 2002.

Resumen: *La civilización romana asimiló el modelo urbanístico griego de convivencia social, y ordenó el territorio del Imperio conforme a la evolución de la civitas y del ciudadano; para ello, las autoridades públicas pusieron en práctica variados tipos de ciudad, y tras cada uno de ellos existía una ideología política, y unas aspiraciones ciudadanas. Su experiencia, en la que podemos referir luces y sombras, ha de servirnos de reflexión ante los grandes retos que se plantean en las ciudades actuales, a los cuales se alude en algunos epígrafes de este artículo. El Derecho actual, al igual que lo hizo el Derecho romano, trata de ordenar el territorio, y de reconducir la construcción privada conforme a principios de interés público.*

Palabras clave: *Roma, Urbanitas, ley del suelo, red de ciudades, modelo urbano, barreras arquitectónicas*

Abstract: *The Roman civilization assimilated the Greek urban model of social coexistence, and ordered the territory of the Empire according to the evolution of the civitas and the citizen; for it the public authorities implemented various types of town, and behind each one of them was a political ideology, and citizens' aspirations. His experience, which we refer to light and shadow, has to be for reflection face the great challenges in today's cities, referred in some sections of this article. The current law, as did the Roman law, tray to order the territory, and redirect the private construction in accordance with principles of public interest.*

Key words: *Rome, Urbanitas, land law, network of cities, urban model, architectural barriers*

Índice: *1. Introducción 2. El modelo Cosano 3. La ciudad romana y la urbanización itálica 4. El modelo Ostiense 5. Las provincias 6. Constantinopla: una fundación infraplanificada urbanísticamente 7. La ciudad actual paradigma de la ausencia de la urbanitas 7.1. Quiebra de la ciudad monocéntrica 7.2. Decadencia de grandes parcelas urbanas en el centro de las ciudades 7.3. Predominio de intereses empresariales 7.4. Articulación de una red global de ciudades 7.5. Criterios de ecología y sostenibilidad en la planificación urbana 7.6. Fortalecimiento del poder municipal cívico 7.7. Inmigración y pérdida de identidad local 7.8. Promoción de la ciudad a través del concepto de salud pública 8. Notas conclusivas.*



1 Introducción

La ciudad en una concepción amplia del término, desde sus orígenes hasta la actualidad, puede comprenderse como el territorio urbanizado que concentra a una agrupación humana con identidad propia, y dotado de resortes económicos, sociales y políticos. En esta definición se reconocen tanto la *polis* griega y la *civitas* romana, como las ciudades actuales, e incluso las del Oriente antiguo y la Edad Media. Ahora bien, la maduración de la vida en sociedad llevó a griegos y a romanos a concebir un modelo de ciudad orientada al Derecho y a la política, y donde la planificación y la arquitectura fueron instrumentos de desarrollo y consolidación de tales parámetros¹.

Más aún, las formas democráticas de convivencia social en el mundo griego fueron decisivas en la consolidación de un modelo calificado tradicionalmente como 'modelo clásico', y en el que los ciudadanos ricos se comprometieron en pro del enriquecimiento del patrimonio público monumental². Ya desde el s. V a. C., en los nuevos asentamientos griegos se plasmó una nueva planificación (jónico-hipodámica), que constituyó un verdadero hito urbanístico. Sin embargo, poco a poco las ciudades-estado comenzaron a debilitarse como consecuencia de las transformaciones en las relaciones campo-ciudad, o la proliferación de latifundios y de haciendas agrícolas en el mundo helenístico³; pero todos estos fenómenos, como se podrá observar, aparecieron también siglos después en el Imperio romano.

Ahora bien desde la fundación de Roma hasta su consolidación como ciudad eterna (*urbs aeterna*) transcurrieron muchos siglos y cambios políticos muy importantes. La infeliz elección del espacio sobre el cual se articularía esta *civitas*, según los geógrafos antiguos, sólo con el tiempo reveló todas sus potencialidades favorables⁴. A finales del s. VI a. C. con la instauración de una República aristocrática en Roma, se favoreció la constitución de una comunidad ciudadana; pero aún los romanos no vieron la necesidad de proporcionar a su ciudad un plano regular. No obstante, en la misma época la vecina ciudad etrusca de Veves tenía ya un trazado bastante regular mediante un eje longitudinal adaptado a la situación geográfica de la colina; la influencia griega en Etruria llega en el s. V cuando los etruscos fundaron ciudades con una red de calles en ángulo recto en su 'zona de colonización' de la llanura del Po. Interesante es el caso de Marzabotto, cerca de Bolonia, con su plano en forma de reja de corte hipodámico: dos o tres calles grandes son cortadas en ángulo recto por algunas otras calles y numerosas callejas; faltaba, sin embargo, el eje en cruz de *decumanus* y *cardus*, característico de la posterior planificación romana de ciudades, con su axialidad y centralización⁵.

Mientras tanto en Roma se aplicaba la Ley de las XII Tabas, y en ella se incluía una orientación urbanística. Así, en su tabla X se prescribió que "no se entierre ni se quemé cadáver en la ciudad"; por ello, se difundió ya desde finales del s. IV/III a. C. la tumba gentilicia romana erigida en un fundo extraurbano o lejano de Roma, a modo de huertos u hórreos, en las vías de acceso a la ciudad, y con formatos variados: *columbaria*, económicas tumbas con sencillas lápidas (*poticuli*), tumbas de los *collegia funeraticia*, *mausolea* y *cenotaphia*⁶.

1 MUÑOZ JIMÉNEZ, J.M., *La ciudad como obra de arte. Las claves del urbanismo en la Antigua Grecia* Madrid, 1996.

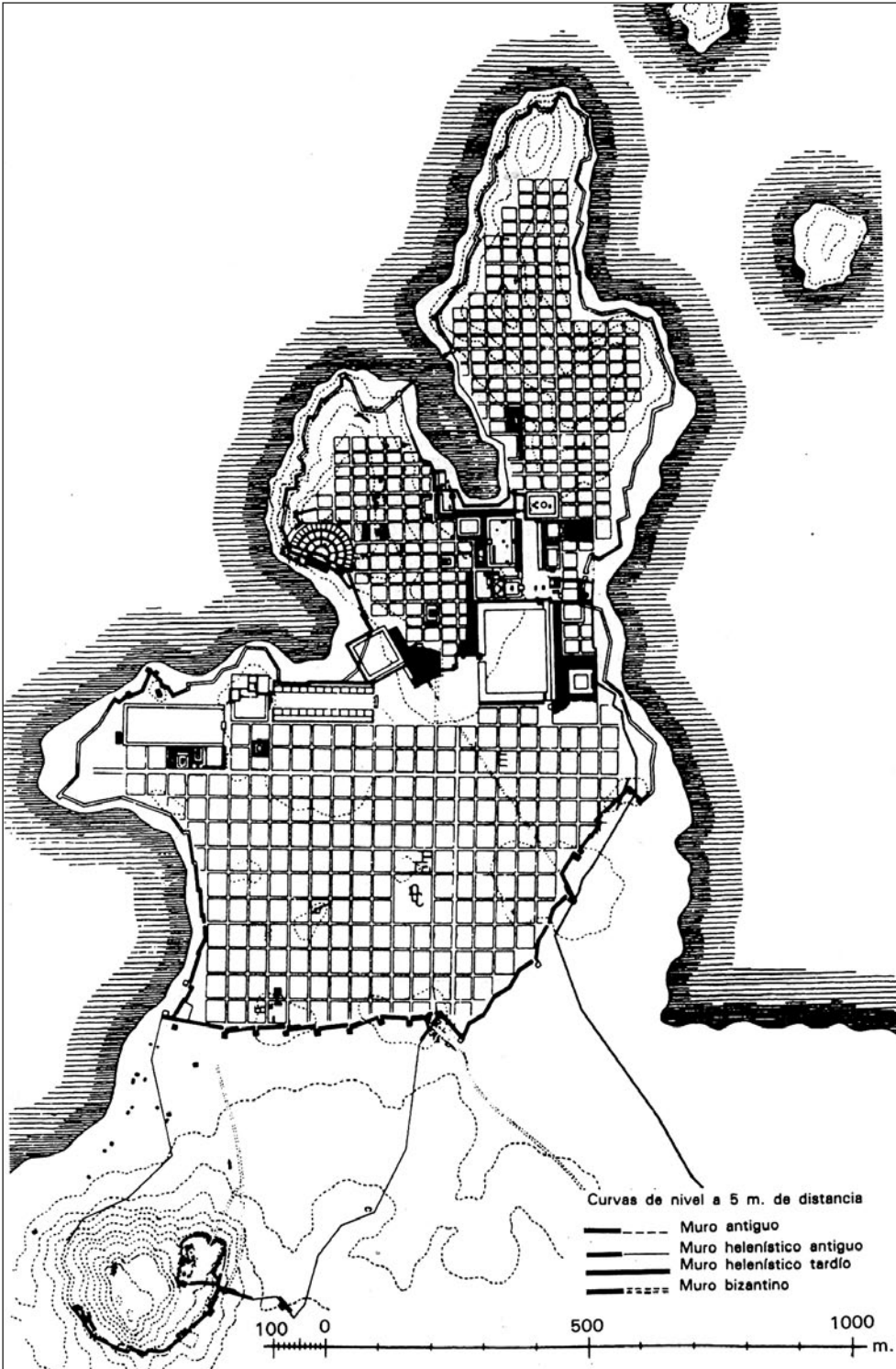
2 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad*, Madrid 1992, pp. 142-143.

3 AMOURETTI, M.-C., "L'agriculture de la Grèce antique. Bilan des recherches de la dernière décennie", *Topoi. Orient-Occident*, 4 (1994) pp. 69-94.

4 PRONTERA, F., "Visión de la grande ville: da Erodoto a Strabone", *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, p. 28. Estrabón, V, 3, 2; V, 3, 7.

5 AA.VV., *Le città degli Etruschi*, Firenze, 1990.

6 CASTILLO PASCUAL, M.J., *Espacio en orden: El modelo gramático-romano de ordenación del territorio*, La Rioja 1996, p. 120, refiere que el Esquilino y los *horti* vecinos eran lugares de enterramiento de la gente humilde, la *miseria plebs* (HOR. Sat. 1, 8, 10).



Planificación urbana jónica. Plano de Mileto (KOLB, p. 117)



Fuera de la urbe, la política de colonización (romana y latina) vino marcada por finalidades político-militares y económico-sociales, dando salida a la creciente presión demográfica⁷ y de abastecimiento. Las porciones de tierra pública asignadas a los soldados en la República eran a menudo tan pequeñas como para sugerir que la producción de cualquier bien ‘tipo huerto intensivo’ había sido prevista; consecuentemente los militares veteranos construían su casa, conforme a estos condicionantes espaciales y de tradición agrícola⁸.

Naturalmente, la diferencia entre la *urbs* y el entorno (*ager*) se atenuó con el tiempo. A lo sumo desde el siglo IV a. C., incluso en la misma Roma, el límite sagrado ya no delimitaba una oposición entre campo y ciudad, pues los llamados muros servianos abarcaban nuevos barrios más allá del *pomerium*; y aunque este límite sagrado se fue ampliando aquí y allá, no lo hizo al mismo tiempo que el área de asentamiento. Ya a mediados de la época republicana, Roma quedó constituida por una comunidad ciudadana cuyos miembros habitaban y cultivaban un territorio determinado. No había separación entre una población dominante de la ciudad y una mano de obra agraria dependiente; y al igual que en Grecia, la distribución de los ciudadanos en grupos políticos (tribus) alcanzaba tanto al campo como a la ciudad.

2 El modelo cosano

En el año 273 a. C. se funda la colonia latina de Cosa —la decimoquinta desde la creación de Cales—. La política colonizadora promovida por los romanos, por sus efectos integradores y armónicos no ha tenido precedentes en el mundo antiguo. Antes de que el territorio y la ciudad estén listos para recibir a sus habitantes, un triunvirato de comisionados y su equipo de técnicos cuidadosamente delimitan y distribuyen los espacios públicos y privados, además de asegurar la construcción de los depósitos de agua necesarios para el suministro de la población y de los campos. Cada colono (en tanto su función principal es la de cultivar) recibe una casa y un lote de tierra para dedicarlo a la agricultura, y probablemente ganado para pastar. Y es que este régimen agrario resulta esencial, no sólo para la economía de la colonia, sino también para el bienestar de la federación en el marco de la República romana. Las viviendas dentro de las murallas son parceladas: 300 lotes de 2.955 pies cuadrados, esto es, 275 metros cuadrados cada uno, donde construir una casa con huerto⁹.

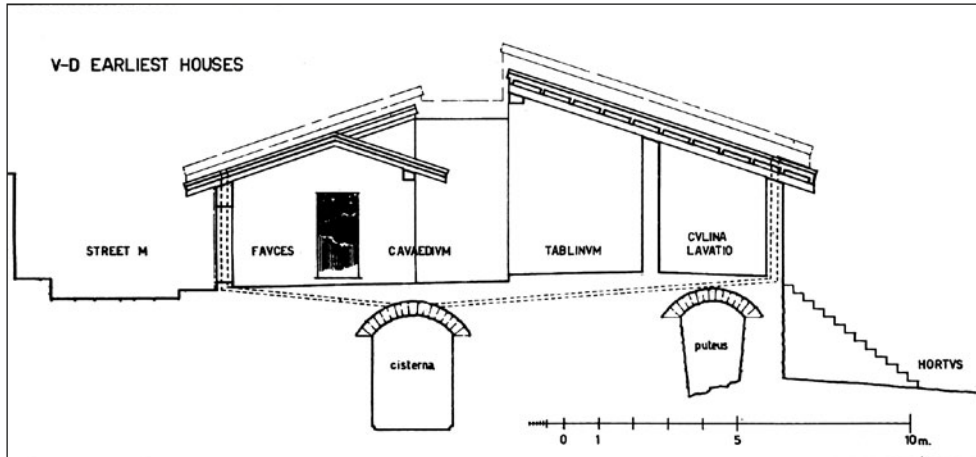
Las parcelas urbanas originales, delimitadas por las casas construidas sobre ellas, son tiras estrechas que abarcan el ancho de cada bloque, de calle a calle, y orientadas del sureste al noroeste. Cada una de ellas está dividida más o menos por igual entre la vivienda y el huerto. Por razones de luz, temperatura e higiene, la vivienda ocupa la mitad sureste más arriba de la parcela: Recibe el máximo de luz, a la par que es templada en invierno y fresca en verano; igualmente tiene un drenaje natural hacia el huerto sito en la parte inferior. Por tanto, la mitad superior de la parcela se dispone en terraza por un muro de retención hasta la altura de la calle de arriba, mientras que el huerto está toscamente cortado al nivel de la calle de abajo. Debajo de la terraza y dentro de los cimientos de cada vivienda se construye una cisterna para el almacenamiento del agua de lluvia recogida de los tejados y su pozo negro para las aguas residuales del hogar.

7 DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua I*, Madrid, 1985, pp. 25-64.

8 PURCELL N., “The roman garden as a domestic building”, *Roman domestic buildings*, Exeter, 1996, p. 122.

9 BROWN, F.E., *Cosa. The making of a roman town*, Michigan, 1980, pp. 1-30; 64-68.

Los planos proveen una casa sólida para una única familia con un espacio abierto, un salón-comedor, cocina, baño y dos o tres dormitorios. Una habitación puede añadirse como establo; un pequeño pórtico para sombrear parte del patio, la cocina o el baño, podía expandirse en la habitación adyacente. Pero las funciones fijas y el espacio permanecen inmutables. Los patios interiores se diseñan, no con propósito de recoger agua, sino para la luz. El agua de lluvia caída sobre los tejados es conducida por los aleros hacia el suelo mediante canalones sobre el portal, descargando debajo en cuencos o mediante conductos verticales, que abocan a una cisterna.



En la esquina V-D, una sección de una de las casas más antiguas (BROWN, *Cosa cit.*, p. 129)

El inevitable empobrecimiento de algunos ciudadanos y el enriquecimiento de otros, y la extinción y proliferación de familias provoca que algunas casas y sus huertos se modifiquen, y que otras cambien de manos en el s. II a. C., probablemente en conjunción con la llegada de nuevos colonos. Esto, indudablemente, agrava la falta de espacio adecuado para edificios dentro del apretado perímetro amurallado. Aproximadamente en esta época, los propietarios de algunas casas abandonan sus huertos, construyendo en ellos viviendas. Estas parcelas son aparentemente usadas por miembros de sus aumentadas familias, comunicando las nuevas casas con las antiguas aprovechando las escaleras que antiguamente conducían a los huertos. Las nuevas casas, construidas en la mitad inferior de la originaria parcela, dan al noroeste, lo que cambia radicalmente la orientación respecto a la ordenación del plano original. Una generación más tarde, o incluso después, otras casas colindantes entre sí, hacen habitaciones; la necesidad de espacio para vivir les lleva a sacrificar una parte de sus huertos. Así, el propietario de cada casa mueve su cocina, baño y despensa hacia la parte posterior, encima del pozo negro, y convierte las antiguas facilidades en otros usos. Una de las adiciones que se incorporan es un sótano al nivel del jardín, quedando el techo de aquel a la altura del resto de la vivienda.

Ahora bien, una vez más los cambios que se producen a finales del s. II, principios del I a. C., implican nuevas remodelaciones. La casa se divide en tres unidades funcionales. La primera puede ser llamada 'unidad de representación', consistente en una imponente entrada desde la calle y un patio abierto hacia una amplia exedra (recibidor), flanqueada por una sala de recepción más íntima y cerrada; dicho portal es retranqueado y fijado con bancos. Al lado,

el vestíbulo interior sirve de alojamiento al portero. Un gran portal desde el patio conduce a la segunda unidad, que por su función se denomina 'unidad doméstica', y que comprende un patio interior con fuente-cisterna, una cocina, despensa y baño. La tercera unidad está compuesta por un gran espacio cubierto con su propio portal a la calle —probablemente un establo o tienda— y, detrás de él, otro espacioso patio.

3 La ciudad de roma y la urbanización itálica

La ciudad de Roma en el s. II a. C. da el paso decisivo para convertirse en gran ciudad, y así por ejemplo, se pavimentan las calles; pero también surgen los correspondientes problemas de vivienda y abastecimiento, entre ellos la necesidad de construir sistemáticamente de forma vertical. Las construcciones públicas en tiempos de los Gracos se realizan para el abastecimiento de la población urbana, y así se constituyen *horrea*; éstas más tarde, con Sila, Pompeyo y César, sirven fundamentalmente como medio de propaganda política¹⁰. Con el sustrato urbano y agrario de la cultura romana, después de las guerras contra Mitridates, por influencia oriental, comienza a propagarse el gusto por los parques y jardines¹¹. Y la palabra *hortus* se tornará equivocada, utilizada tanto en su sentido tradicional como para designar el espacio urbano destinado a plantas ornamentales. Las referencias más antiguas sobre 'los huertos de placer' en Roma vienen dadas por los filohelénicos P. Cornelio Escipión Emiliano Africano 'el menor' y Décimo Junio Bruto Augur a finales del siglo II a. C. Y así, la aristocracia romana, comprometida con sus tradiciones republicanas sólo construirá sus palacios en el centro de la ciudad. Otra acepción de *horti* en esta época los identifica con suntuosas villas de recreo de vegetación abundante, ya en la ciudad, ya en el campo. Se forma así un barrio junto al Tíber, apartado del trazado caótico y hacinado de la ciudad, y cuya alta densidad de villas urbanas privadas le confiere un valor habitacional especial¹². Los *horti*, como las villas, proveerán de un pretexto moral cómodo para sus propietarios; ellos, como expresa Laurence, viven como dioses —no en un palacio— sino en arboledas sagradas, con cuevas artificiales, ninfas, fuentes, césped, grupos de árboles... lejos del foro, pero no demasiado lejos. Estas villas, pues, son auténticos monumentos urbanos.

En consecuencia, este simbiótico desarrollo de las zonas verdes (jardines, palacios, huertos y suburbanos) favorece la baja densidad urbanística, y lleva a Laurence a reconsiderar la tradicional imagen de la Roma antigua como una metrópolis poblacionalmente saturada¹³. El ideal cosmopolita, querido en la reflexión de los cínicos y de los estoicos, indudablemente refleja una época en la que los procesos de integración étnica son una manifestación peculiar de la civilización helenística. Sin embargo, aún en el s. II a. C., persiste esa concepción tradicional de la ciudad que propicia el rechazo a las fusiones étnicas¹⁴.

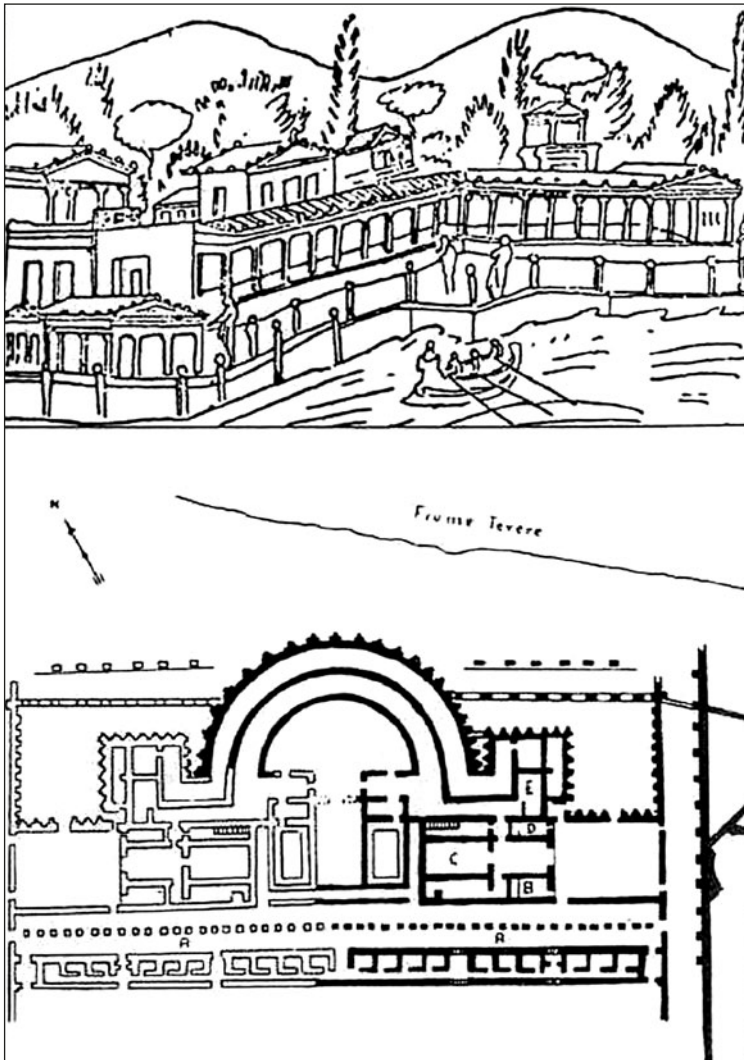
10 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, p. 156-158.

11 PLUJ. Luc. 39. LAFAYE, G., *Daremborg-Saglio III*, 1 (París, 1900), p. 277. Muy ilustrativa al respecto es la publicación *Horti romani. Atti del convegno, Roma 4-6 maggio 1995*, Roma, 1998, pp. 1-250. GRIMAL, P., *Rome et l'amour. Des femmes, des jardins, de la sagesse*, París, 2007, pp. 511-597.

12 BELFIORE, E., "Il verde storico nella costruzione della forma urbana: permanente e declino" *Roma. Il verde e la città: giardini e suazi verdi nella costruzione Della forma urbana*, Roma, 2002, pp. 193-220.

13 LAURENCE, R., "Writing the roman metropolis", *Roman urbanism. Beyond the consumer city*, London-New York, 1997, p. 4.

14 PRONTERA, F., *Visión de la grande ville cit.*, p. 26. La afirmación de que todos los hombres en cuanto tales son, o deberían ser ciudadanos de un mismo mundo (Zenón) redimensiona la tradicional separación entre ciudad y pueblos diversos, pero no autoriza a retener que la condición de una megalópolis, con su población multiétnica, pudiera constituir el ejemplo positivo de este ideal.



Alzado y plano de una villa marítima (BELFIORE, E., *Il verde storico cit.*, p. 193).

En el sistema instaurado por Roma se establece una jerarquía de ciudades fundada en el estatus de los habitantes, y no en el tamaño del emplazamiento¹⁵. En esta línea, los romanos crearon y desarrollaron a lo largo de los siglos una red formal de cohesión de los vastos territorios del Imperio; y ello puede servir de reflexión para el s. XXI, cuando la idea de red —conjunto de nodos interconectados por flujos— parece presentarse como un concepto novedoso¹⁶.

15 GROS, P., "La construction d'un espace méditerranéen et les premières mégapoles (VIIIe siècle av. J.-C.-VIe siècle ap. J.-C.)", *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, Paris, 2000, pp. 65-80. "Del arcaísmo griego hasta el fin del Imperio romano, la megalópolis en tanto forma extrema de aglomeración urbana no ha sido objeto de ningún análisis particular en el mundo clásico. La noción de megalópolis, con su lógica propia, no es solamente extraña al pensamiento político griego, sino a la misma noción de polis" (desde el punto de vista económico, político, estético...). La concepción romana del recinto amurallado y las exigencias del Derecho augural, así como las fundaciones coloniales, excluyen por principio la idea misma de megalópolis.

16 PRECEDO LEDO, A., "La ciudad en el territorio: Nuevas redes, nuevas realidades", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, p. 15.

Ya en el s. I a. C. Vitrubio, en su obra sobre “la Arquitectura”, vertebró la labor edilicia en diversas áreas:

“La construcción se divide en dos: la edificación de murallas y obras públicas, y la otra la de los particulares. Los edificios públicos se dividen en tres clases; una pertenece a la defensa, otra a la religión, y otra a la comodidad. Para la defensa son los muros, torres y puertas; inventado todo para rechazar en todos tiempos las invasiones de los enemigos. A la religión pertenece la erección de Templos y edificios sagrados a los dioses inmortales: y a la comodidad, la situación de los lugares de uso público, como puertos, plazas, pórticos, baños, teatros, paseos y otros semejantes, que por la misma razón se colocan en parajes públicos”¹⁷.

En esta centuria los alicientes y las comodidades de la vida ciudadana contrastan con las del agricultor en el campo; de ahí, la creciente diáspora de la población rural. La población de Roma ronda entre los 600.000-700.000 habitantes; de 800.000-1.200.000 habitantes en el Alto Imperio¹⁸. Quizá sea, pues, esta concentración poblacional (la ciudad supera las murallas) la que motiva la organización augustea de Roma en catorce regiones, subdivididas en barrios menores (*vicī*), para facilitar su administración, y que se refleja en los arrabales (*continentia*), con un doble resultado. De una parte, afecta a los arrabales mismos, y, de otra, actúa sobre la zona de los mil pasos. Poco queda fuera de la ciudad de los antiguos asentamientos, dado que no existen vastos barrios en las afueras habitados por una población numerosa, sino sólo cierto número de edificios para viviendas¹⁹. En varios aspectos Augusto conecta con César, incluso en su intento de sanear la ciudad; además, instituye una tropa de *vigiles*; convierte el mármol en material habitual para la construcción de edificios públicos, hace nuevas canalizaciones de agua, regula el curso del Tíber para atender al aprovisionamiento del agua, crea varios servicios administrativos para la conservación de edificios y lugares públicos, de cloacas, etc., y se preocupa por la higiene pública y las posibilidades de formación y esparcimiento. Pese a todos estos esfuerzos urbanísticos, el crecimiento tumultuoso y caótico de la ciudad impacta fuertemente a los visitantes²⁰. Las *domi* y las villas se hallan en las cimas de las colinas, de clima más sano, sobre todo en el Celio y el Esquilino. Las construcciones para vivienda de la masa de población son manzanas de casas de varias alturas²¹; sin duda contribuyó a este desarrollo la especulación del suelo evidentemente activa en Roma.

17 VITR. 1, 3, 22.

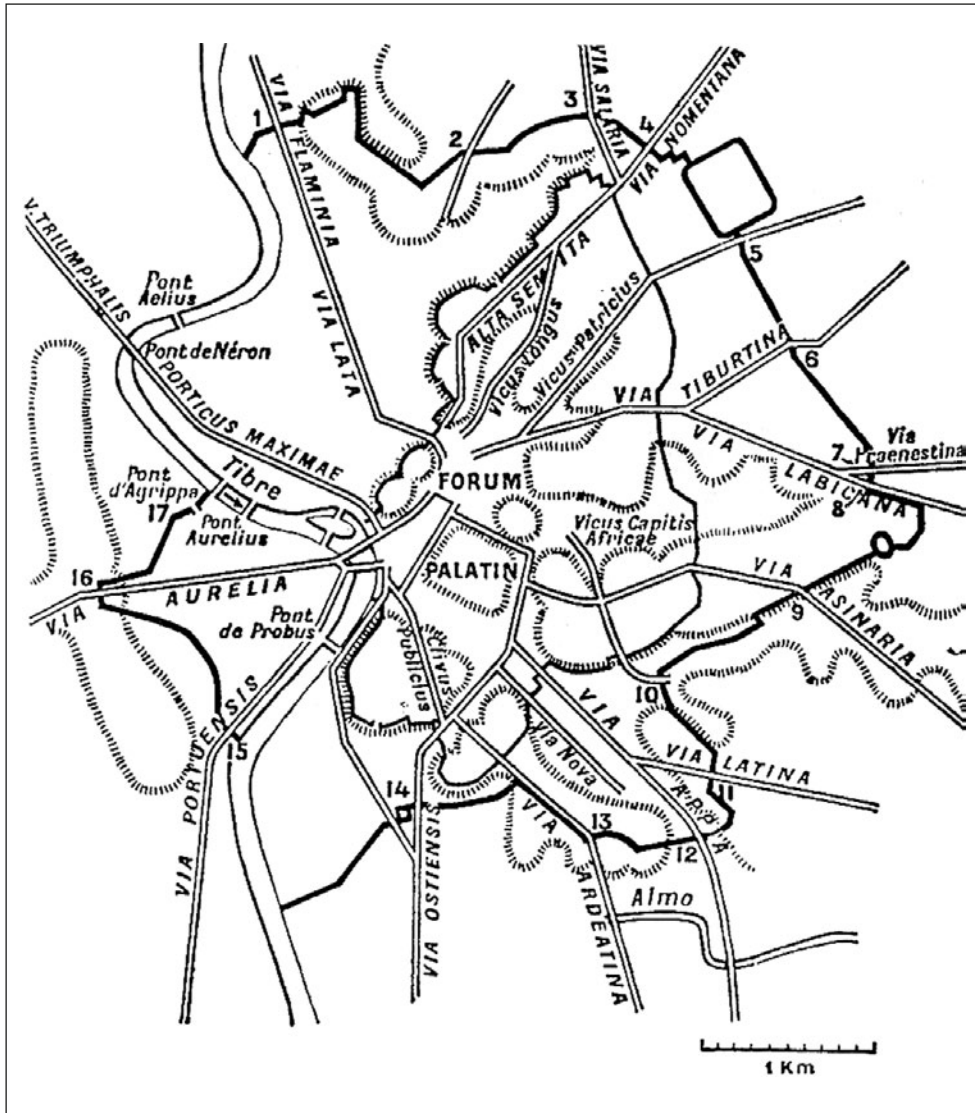
18 NICOLET, CL., “Rome, ou la victoire du temps”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, p. 280. También al respecto, COARELLI, E., “Roma, la città come cosmo”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, pp. 288-310; LO CASCIO, E., “Registrazioni di tipo censuale e stime Della popolazione delle Mégapoles nell’antichità: Il caso di Roma imperiale”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, pp. 628-659.

19 HOMO, L., *La Roma imperial y el urbanismo de la Antigüedad*, México, 1956, pp. 81-82; 85. KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, p. 161, ya a finales de la República eran las *insulae* objeto de inversión lucrativo y en su mayor parte se hallaban en manos de la aristocracia senatorial y de los caballeros, que para la explotación de estos inmuebles se servían sobre todo de intermediarios, en general esclavos o libertos.

20 Dionisio de Halicarnaso, Ant. Rom. 4, 13, 4 y Estrabón, Geogr. 5, 3, 7.

21 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, pp. 160; 162, refiere que Augusto cifró en 70 pies romanos (unos 18 ó 20,7 m.) la altura máxima de las fachadas de las calles, y Trajano en 60 en el s. II d. C. Las calles tenían una anchura media de 4,5 a 5 m, que sólo en el caso de las arterias principales llegaba de 6,5 a 7 m.





Red de calles de la Roma imperial (NICOLET,CL., "Rome, ou la victoire du temps", *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, p. 285).

Otro hito a destacar en el planeamiento de Roma es realizado por los arquitectos de Nerón. Tras el gran incendio de Roma en el año 64 d. C., se confisca una gran parte de la superficie que ha ardiendo; su finalidad es la construcción de la *Domus Aurea*, y la creación de un nuevo tipo de barrio residencial, menos susceptible de arder y que, por ello, precisa más espacio. Es el único intento sistemático de importar en Roma una planificación urbana moderna, habitual ya hacía tiempo en otras ciudades del Imperio. El barrio de Nerón presenta calles rectas, amplias y con columnatas, un mejor abastecimiento de aguas y una altura reducida de los edificios. Las casas tienen muros exteriores separados y los pisos bajos se construyen sólo con materiales resistentes al fuego. Las medidas suponen una mayor seguridad y comodidad en la vivienda.

En este periodo el consumo desmedido de agua requerido por los espacios verdes urbanos es un efecto negativo más del lujo. Frontino, en su obra sobre los acueductos, advierte que ha descubierto campos empapados de agua y cabañas (*tabernae*), incluso cenáculos; en fin, toda clase de lupanares provistos de fuentes que manan sin cesar²²; de ahí, la oportunidad de dotar de políticas imperiales de aprovisionamiento hídrico en la Roma imperial se percibe claramente la disposición espacial de algunos de los grandes jardines (*horti*) y de los pequeños huertos sitos en la *collis hortulorum*²³.

La tradición de los Foros imperiales es continuada por los Flavios. En el s. II d. C. en la colina del Palatino va desarrollándose una nueva forma arquitectónica (mansión del soberano de Roma). Los Flavios, con efectos propagandísticos, destruyen todo el conjunto de la *Domus Aurea*, y ofrecen, en su lugar, edificios accesibles al público: el Coliseo y las Termas de Tito. Ya Domiciano crea el primer palacio auténtico en el sentido en que ahora lo entendemos, con una fachada en forma de templo, una sala de audiencia y para juicios, y un salón del trono, en cuyo ábside recibía el Emperador.

Al llegar al s. III d. C. sí se visualiza claramente el progresivo despoblamiento del campo, con la disgregación del modelo productivo-habitacional de la villa, que también afecta a los fundos suburbanos, aunque de forma desigual según las zonas geográficas²⁴. Y en el s. IV d. C., Roma pasa de ser una ciudad de edificios para el culto pagano a una ciudad de la Iglesia²⁵. En teoría la organización y conservación de los edificios en Roma sobrevive las guerras góticas y la conquista bizantina en el s. VI d.C.²⁶; Procopio cuenta respecto al asedio de Roma en el 537 d. C. que los esfuerzos de preservación de los templos paganos no han sido vanos²⁷. Roma se ha hundido finalmente al nivel de una ciudad de provincias, lo que se percibe en las actuaciones urbanísticas que se realizan, y es que el Imperio en el 565 d. C. tiene otras grandes ciudades: Cartago, Rávena, Roma, Nápoles, Siracusa, Tesalónica, Atenas, Éfeso, Nicaea, Cherson, Trebizond, Ankara, Cesárea, Melitene, Seleucia, Antioquía, Emesa, Damasco, Jerusalén y Alejandría²⁸.

La situación se mejora sensiblemente con los ostrogodos por el considerable interés en los edificios ciudadanos: pagos dentro de un fondo general de restauración (principalmente de las *arca vinaria*²⁹), producción de ladrillos, losas, y mortero para la reparación de edificios públicos, y una concesión especial para la restauración de edificios. Pero incluso en estos años no hay nuevos edificios, y la restauración se limita a los edificios importantes en las áreas

22 FRONTIN. aq. 76, 2; 75, 3. BRUUN, C., "Il funzionamento degli acquedotti romani", *Roma Imperiale. Una metropoli antica*, Roma, 2002, pp. 161-162.

23 LUGLI, G., *Forma urbis romae imperatorum temporibus*, Roma, 1993.

24 DI GENNARO, F., DELL'ERA, F., "Dati archeologici di età tardoantica dal territorio dell'insula *inter duo flumina*", *Suburbium: il suburbio di Roma dalla crisi del sistema delle ville a Gregorio Magno*, Roma, 2003, p. 119; DI GENNARO, F., GRIESBACH, J., "Le sepolture all'interno delle ville con particolare riferimento al territorio di Roma", *Suburbium cit.*, pp. 23 ss..

25 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, p. 169.

26 WARD-PERKINS, B., *From classical Antiquity to the Middle ages. Urban public buiding in northern and central Italy ad 300-850*, Oxford, 1984, pp. 37-46; 89.

27 Procop. De Bello Gothico I, 25, 18-25. Igualmente respecto a este ánimo de conservación, véase la Nov. Constitución 1, 25 (554), y en la reedificación del Ponte Salaria en el 565, después de los daños de las guerras (CIL VI, 1199 = ILS 832).

28 WARD-PERKINS, B., *From classical Antiquity cit.*, p. 48, señala que desde mediados del s. V y durante el s. VI d. C. los tradicionales edificios profanos están ya en ruinas en Italia. Los edificios públicos que han sobrevivido están concentrados fundamentalmente en los esenciales, principalmente murallas ciudadanas y son llevados a cabo principalmente a través de los servicios de trabajo bajo el control del gobierno central y de sus agentes locales (los gobernadores). El patronazgo constructivo tradicional, local y privado ha muerto efectivamente.

29 Anon. Vales. 67 establece que 200 monedas del fondo de vino se destinen a la reparación del palacio y la restauración de los edificios públicos de la ciudad de Roma.

centrales. En una carta Casiodoro escribe que en el 510/511 d. C. Teodorico ordena proteger los templos y otros edificios públicos de la expoliación, pese al bronce y al plomo que contienen³⁰. El rey ostrogodo Teodorico destaca por su política edilicia³¹; él construye o repara en Rávena, Pavía y Verona, no sólo las murallas, sino también las antiguas estructuras públicas, tales como pórticos, acueductos, baños y anfiteatros, y con ello pretende conferir legitimidad a su gobierno. Al final del periodo ostrogodo Procopio visita Roma, y queda sorprendido del grado de conservación de ciertos monumentos, aunque también refiere que las ortigas crecen en los edificios arruinados por toda la ciudad³². Su deseo de asociarse con el glorioso pasado de Roma llega incluso a los métodos constructivos; de este modo ordena que los antiguos materiales sean restaurados, y las nuevas obras deben imitar el trabajo de los antiguos³³. La reutilización de antiguas piedras³⁴, según La Rocca, parece atribuirse, no a problemas económicos, o incapacidad para obtener nuevas, sino a la continua llamada a la antigua tradición³⁵. Respecto a los baños, que habían gozado de gran importancia en la antigua sociedad romana, como instalaciones para el placer, el cristianismo lo dota de nuevas funciones³⁶.

4 El modelo ostiense

Para explicar este modelo me centro nuevamente en la época imperial. Tal y como se refleja en los escritos de Marcial, Juvenal y en los textos de los juristas clásicos conservados en los *Digesta* de Justiniano, la vivienda romana tiene poco en común con la casa pompeyana; sin embargo esta última se muestra en nuestros días como el prototipo de casa romana. Evidentemente Ostia no es otra Pompeya. Son dos ciudades radicalmente diferentes en historia y en carácter.

Por lo que se refiere a Pompeya, ésta había tenido una larga vida antes de sentir el impacto de Roma. En el s. VI a. C. brevemente estuvo dentro de la órbita etrusca, y cuando el poder de Etruria se extendió a Campania, su influencia no fue ni profunda ni duradera. Su temprana construcción está conectada con las culturas samnitas y griega. La invasión samnita, a finales del s. V a. C., o principios del s. IV a. C., aportó el elemento dominante en su población; las colonias griegas también imprimieron su carácter en las construcciones. Así, sus edificios tenían un componente nativo itálico y elementos griegos, y la romanización posterior a la guerra social no supuso cambios sustanciales³⁷.

Respecto a Ostia, primeramente por sus salinas, y, ya desde la República, como puerto natural de la ciudad de Roma, va adquiriendo una importancia creciente con el paso del

30 Theodor., *Variae* III,31.

31 Anon. Vales. 70-71: "*Amator fabricarum et restaurator civium*".

32 Procop. *De Bello Gothico*, IV, 22,5-6; III, 17, 13.

33 Cassiodorus, *Variae* 7, 5, 5.

34 Cuenta Casiodoro que cuando Teodorico autoriza a los habitantes de Catania la construcción de las murallas de su ciudad con piedras provenientes del antiguo anfiteatro, la razón que él da es que las ciudades no deben exhibir más sus vergonzosas ruinas y que las nuevas murallas deben dar nueva dignidad a lo que no da ningún beneficio (Cassiodorus, *Variae* 3, 49, 3).

35 LA ROCCA, C., "Public building and urban change in northern Italy in the early mediaeval period", *The city in late antiquity*, London-New York, 1992, p. 166.

36 WARD-PERKINS, B., *From classical Antiquity cit.*, pp. 126-144, destaca que para los Padres de la Iglesia sólo hay un motivo para la construcción de los baños, la higiene. En el este, en determinados círculos, florece la idea ascética del agua sólo para beber o para el baño básico; en el oeste no sólo se permite esto sino que se concibe para las grandes fiestas de la iglesia como ritual; baños para los obispos y los clérigos, y baños para los pobres. Los ostrogodos reparan el acueducto de Rávena, Verona y Parma, entre otros.

37 MEIGGS, R., *Roman Ostia*, Oxford, 1985, pp. 11-12.



tiempo. A nivel edilicio, las excavaciones arqueológicas demuestran que Ostia, en época republicana, y a principios del Imperio, es en cierto modo similar a Pompeya: conservada tal como estaba en el 79 d. C. cuando se produce la erupción del Vesubio: casas de planta baja, con peristilo, y/o huerto.

A diferencia de Roma, Pompeya o Herculano, la ciudad de Ostia representa un modelo de ciudad. Su planeamiento busca terminar con la congestión ciudadana y la amenaza de incendios y derrumbes de edificios. También se observa, después del s. I d. C., la ausencia de mansiones privadas, lo que parece sugerir que los comerciantes ricos y los magnates mercantiles prefieren residir en Roma o en las villas costeras diseminadas a lo largo del litoral latino, dejando la gestión de sus negocios confiada a libertos. Incluso los apartamentos de clase alta son modestos³⁸. Sin embargo, el paisaje urbano preservado en Ostia data a partir del s. II d. C., y responde a la filosofía arquitectónica de la *nova urbs* impulsada por Nerón en la ciudad de Roma, tras el gran incendio del 64 d. C.: Tanto Roma como Ostia tienen las mismas necesidades de expansión vertical. Ya Cicerón hizo uso de la palabra '*insula*', como contraposición a '*domus*', significando con ellas dos estilos de vida: La *insula* es un bloque ancho y normalmente alto, dividido en apartamentos separados, que pueden ser individualmente alquilados, y usualmente provistos de balcones y tabernas a nivel de la calle (de este modo cada una de las más grandes *insulae* en Ostia acomodan ciertamente más de cien inquilinos); por el contrario, la *domus* es una casa diseñada en su origen para una única familia. Ahora bien, respecto al modelo de *insula* se aprecian algunas variantes en los estudios arqueológicos. Así, muchas de las manzanas de edificios en Ostia están divididas en apartamentos claramente diferenciados, con algunos de los servicios comunes, como la cisterna, las letrinas o los jardines. En esta línea, las llamadas 'casas-jardín' disponen de dos grandes bloques de apartamentos entre los *horti*³⁹.

Clarke explica que la Casa de las Musas tiene una salida a estos *horti*. Ambos complejos edilicios se proyectan como construcciones de lujo, por lo que el destino de esta zona verde sería más de ocio que de consumo⁴⁰. Actualmente a este tipo de 'verde' se le conoce como "jardines en condominio", y tiene un cierto desarrollo dada su configuración de valor oxigenante de la urbe⁴¹. Aunque el patio de 'la Casa de Diana' y el de 'la Casa de los *Triclinia*' son esenciales para dar luminosidad a los edificios en los que se hayan, en el primero su colocación es meramente utilitaria, y en el segundo da un aire aristocrático al edificio; éste tiene la apariencia de un peristilo, y dado el desaprovechamiento del espacio, vendría acompañada de altas rentas.

Aún en época flavia se construyen casas privadas con atrio. Incluso en el Bajo Imperio el área central suele estar pavimentada con mosaicos o dejada como huerto. Una última referencia a Ostia va ligada al huerto suburbano. La parte noroeste del plano de la ciudad (isla norte del río) y la parte sur es comparativamente tierra de buena agricultura, proverbial por su fertilidad, incluso en época postclásica. La tierra es la más apropiada para la producción de vegetales y hortalizas y frutas; su destino es el mercado local y Roma, lo que representa probablemente la forma más lucrativa de la agricultura ostiense. No obstante, tal horticul-

38 MCKAY, A.G., *Houses, villas, and palaces in the roman world*, Ithaca-New York, 1998, pp. 92-99.

39 MEIGGS, R., *Roman Ostia cit.*, pp. 1-15; 240; 237; 253.

40 CLARKE, J.R., *The houses of roman Italy, 100 B.C. -A.D. 250. Ritual, space, and decoration*, California, 1991, p. 270.

41 ALLODI, M.-SNIDER, V., *Dal giardino dell'Eden al verde della metropoli. Dal giardino di ieri al ruolo del verde nelle città di oggi*, Milano, 1992, p. 58.

tura de mercado no promueve el crecimiento de grandes propiedades, preservándose el modelo de pequeñas posesiones, con trabajadores que en su mayoría viven en la ciudad y salen diariamente a sus tareas agrícolas⁴².

5 Las provincias

Fuera de la península itálica se evoluciona hacia un modelo de grandes *poleis*, en perjuicio de las numerosas *poleis* menores y de sus asentamientos rurales. Para el Oriente griego la romanización supone la expansión de su población y del área de su asentamiento, así como la elevación del nivel de vida: construcciones monumentales y de utilidad pública orientadas a la salubridad, abastecimiento, vida social y formación. Asimismo, en el transcurso de la época imperial las provincias occidentales del Imperio cuentan con una red de asentamientos. Sorprendentemente las concentraciones humanas más grandes en Occidente hay que buscarlas entre los conjuntos inorgánicos y espontáneos de barracas (*canabae*) que se establecen en las fronteras del Rin y del Danubio, como mercados fijos e importantes, inmediatamente próximas a los campamentos permanentes de legionarios; nunca llegan a ser ciudades, ni siquiera *vici*, pero, escapando a todas las definiciones de *urbanitas*, están dotadas de importantes infraestructuras. En Oriente si es fácil encontrar grandes ciudades; incluso se encuentran en el norte de África en época de los Severos⁴³.

Pero ya desde la mitad del s. III d. C. aparecen los primeros indicios de problemas económicos, con fenómenos habituales en casi todo el Imperio: fuerte disminución de las inscripciones, reciclado de materiales antiguos (*spolia*), desaparición de las antiguas familias aristocráticas, abandono de edificios públicos, falta de donativos para actividades evergéticas de la aristocracia ciudadana, pérdida del significado ideológico de los edificios públicos. Por el contrario esta aristocracia dedica esos recursos económicos a la construcción de fastuosas villas o en el embellecimiento de edificios eclesiásticos. Las necesidades de defensa animan a los emperadores a la construcción de murallas, cuya falta es un signo de decadencia o de anomalía; y principalmente las ciudades fortificadas son las que han sobrevivido. Durante los s. III y IV d. C. el territorio romano se desmembra considerablemente, perdiendo su cohesión, a la par que —entre otras consideraciones— decae la vida municipal, se potencian las villas y aumentan los *agri deserti*. Desde la segunda mitad del s. III d. C., muchas de las provincias del Oeste muestran una caída en los niveles de ocupación rural, y en general el Imperio romano sufre disminuciones de población, incluso desaparición de algunas ciudades por la reducción de las rutas de los mercados internacionales. La mayoría de la población vive en territorios rurales alrededor de centros urbanos frente a la pulsión que suponen las grandes propiedades fundiarias con sus villas⁴⁴. No obstante, muchas ciudades del norte de África conservan su esplendor.

Ya desde el s. V d. C. tanto en el Este como en el Oeste del Imperio son destacables los edificios de la Iglesia. El arte bizantino es funcional, siendo principalmente religioso; según Grant es un medio muy efectivo de delinear las relaciones entre Dios, el Emperador y la

42 MEIGGS, R., *Roman Ostia cit.*, pp. 243; 253; 262-263.

43 GROS, P., "La construction d'un espace méditerranéen et les premières mégapoles (VIIe siècle av. J.-C.-VIe siècle ap. J.-C.)", *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, p. 77.

44 WHITTAKER, C.R.-GARNSEY, P., "Rural life in the later roman empire (cap. 9)", *The Cambridge ancient history*, 13 (1998) pp. 277-311. GARCÍA MAC GAW, C.G., "La ciudad-estado y las relaciones de producción esclavista en el imperio Romano", *La ciudad en el Mediterráneo Antiguo*, Buenos Aires, 2007, pp. 87-124.



humanidad; en otras palabras, el principal arte en el Imperio es religioso. Y este arte se expresa particularmente en la creación de Iglesias, que siguen fundamentalmente el modelo de las antiguas mercado-basílicas⁴⁵. Todas las ciudades disponen de impresionantes fortificaciones, y en el caso de Justiniana Prima y Nicopolis se construyen ex novo en lugares provistos de defensas naturales. Sin embargo ninguna de estas nuevas fundaciones tiene una planificada cuadrícula urbana de calles o *insulae* regulares.

6 Constantinopla: Una fundación infraplanificada urbanísticamente

El proyecto político de Constantino tiene una dimensión cronológica marcada por dos intervalos -el primero abarca desde el acto de la *consecratio* hasta el 11 de mayo del 330 (fecha de la *dedicatio*), y el segundo, desde dicha fecha hasta el 337, año de su muerte (los privilegios de esta ciudad vienen ya implícitos, tanto en el hecho de honrar nominalmente al Emperador, como, principalmente, en su voluntad -por razones estratégicas⁴⁶- de residir allí). El nacimiento de esta ciudad perturba un equilibrio anterior, y su desarrollo se hace en detrimento de ciudades más modestas y de una red urbana preexistente⁴⁷. Constantino prevé una capital de 100.000 a 150.000 habitantes en el territorio comprendido dentro de las nuevas murallas (700 hectáreas)⁴⁸. Y para conseguir este objetivo, incentiva con diversas medidas la llegada masiva de emigrantes y de parte de la aristocracia romana⁴⁹; el Emperador, pues, establece las grandes líneas de su plan y de los principales monumentos⁵⁰, en el marco de un fenómeno urbano de amplitud excepcional⁵¹, pero que algunos tachan de caótico⁵².

Ya a las alturas del s. V d. C., Constantinopla es un polo casi único de movilidad social en el Imperio; desde mediados del s. IV d. C., las medidas de incitación son suspendidas⁵³, para tratar de evitar una nueva afluencia de población, que compromete peligrosamente el equilibrio (esencialmente fiscal) entre Constantinopla y las ciudades de provincias. Pero los emperadores no tienen ni iniciativas ni medios para controlar esta evolución demográfica y social de la ciudad de Constantinopla⁵⁴. Agatías comenta críticamente el urbanismo de la ciudad que agrava el caos ciudadano en caso de catástrofe natural: “En todas partes las casas de la ciudad están tan juntas y pegadas unas a otras que sería muy raro ver algún espacio libre, despejado y sin obstáculo alguno”⁵⁵. Por esta situación, la tierra para el cultivo se dispone

45 GRANT, M., *From Rome to Byzantium: The fifth century A.D.*, London, 1998, pp. 81-82.

46 Zosimo, *Nueva Historia*, II, 30; Zonaras, *Historia*, III, 5. Respecto a su condición de lugar estratégico (política y militarmente), cómodo y bien centrado, desde donde gobernar todo el imperio romano, véase BRÉHIER, L., “Constantin et la fondation de Constantinople”, *Revue historique* 119 (1915) pp. 268-272.

47 DRAGON, E., “Constantinople”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, Paris, 2000, pp. 376-397.

48 DRAGON, E., *Naissance d'une capitale. Constantinople et ses institutions de 330 a 451*, Paris, 1974, *Constantinople cit.*, p. 524.

49 CTh. 14.13= C.11, 20 (365).

50 DRAGON, E., *Naissance d'une capitale cit.*, p. 33, estima que gran parte de las tareas constructivas se realizan en el intervalo que media desde la ceremonia de consagración de la ciudad, hasta el 11 de mayo del 330, en que se hace la fiesta de la *dedicatio*.

51 CHASTAGNOL, A., *L'évolution politique, sociale et économique du monde romain de Dioclétien à Julien (284-363)* p. 333.

52 Zosimo, *Nueva Historia*, II, 32.

53 Constantino para refundar la ciudad, que ocupará el lugar de la antigua Roma (*Roma vetus*), la dotará no sólo de las prerrogativas propias de la capital político-administrativa, sino también de medidas incentivadoras para su despeje poblacional.

54 DRAGON, G., *Naissance d'une capitale cit.*, pp. 517; 521.

55 Agathias, *Historiae* V, 3, 6. ORTEGA VILLARO, *Agatías, Historias, introd., trad., y notas*, Madrid, 2008.

entre una hilera defensiva de las murallas de Teodosio en Constantinopla y la siguiente ⁵⁶; sin embargo, resulta especialmente difícil en las zonas de la ciudad densamente edificadas⁵⁷.

En términos de población Roma había albergado en torno a un millón de habitantes, pero su número quizá decrece durante el siglo III y IV d. C., y quizá cae dramáticamente durante el s. V y VI d. C., hasta la cifra probable de 100.000 habitantes, en el 600 d. C. De otro lado, Constantinopla en torno al 500 d. C., alberga una población aproximada de medio millón; pero indudablemente desde finales del s. V d. C. y durante el s. VI Constantinopla es la más populosa ciudad de todo el mundo romano, y se erige como la gran capital del Imperio; en contraste, muchos de los centros urbanos sobreviven casi como ciudades-estado en provincias gracias a grandes mercados o puertos. La riqueza de la agricultura y ganadería, así como la vida social se canalizan hacia la metrópolis, en una sociedad en la que el transporte es muy caro. Los programas edilicios requieren de aportaciones del Estado bizantino⁵⁸. Ahora bien, la nueva capital nunca llega a competir con Roma en el número y tamaño de sus edificios⁵⁹.

7 La ciudad actual paradigma de la ausencia de la *urbanitas*

Si continuásemos el hilo conductor que hemos seguido con la época romana, observaríamos que nuestras ciudades han sido, a lo largo de los distintos periodos históricos, objeto de una transformación continua. Ahora bien, el dinámico y convulso s. XX ha agotado y quebrado el sueño inspirador de aquellos grandes diseños del s. XIX, y como fruto complejo de ello se presenta la ciudad actual.

Además, nuestra reciente legislación urbanística ha agravado los problemas de desorganización del territorio, al confundir flexibilidad en la ordenación con total libertad de la iniciativa privada. De ahí que en un intento de reconducir la situación se dicte la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo. El objeto de esta ley se dirige tanto al cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal (art. 33, 1-2; 47; 139, 1; 148, 1, 3º; 149), como a establecer las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la materia; luchando contra la especulación y según el principio de desarrollo sostenible⁶⁰. Esta ley ha sido derogada por el nuevo texto refundido, Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, aunque se mantienen en lo material las referencias y contenidos.

56 WARD-PERKINS, B., "Constantinople, imperial capital of the fifth and sixth centuries", *Sedes regiae (ann. 400-800)*, Barcelona 2000, pp. 63-79, explica que las tierras de las murallas tienen un dique amplio de agua, gestionada a través de la parte superior de la cadena amurallada, una triple línea de murallas de gran altura y un gran espacio cerrado de torreones dominándolo todo desde arriba. Por lo que se refiere a la presencia de estos huertos en el interior incluso de las ciudades es atestado por las ciudades secundarias. MAAS, M., *Age of Justinian*, Cambridge 2005, p.70, señala que las hortalizas se producían durante todo el año, creciendo fundamentalmente en los huertos existentes entre las murallas de Constantino y Teodosio, así como más allá de ellas.

57 KODER, J., "Fresh vegetables for the capital", *Constantinople and its hinterland*, Cambridge, 1995, p. 50.

58 HALDON, J.F., *Byzantium in the seventh century. The transformation of a culture*, Cambridge, 1997, pp. 443-447.

59 WARD-PERKINS, B., *Constantinople cit.*, p. 66.

60 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad, cambio climático y sostenibilidad*, Sevilla, 2008, pp. 31-33, indican que tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 marzo de 1997 se dicta la ley de 13 de abril de 1998 sobre régimen del suelo y valoraciones. Dicha disposición considera el suelo como un producto más sometido a las leyes de la competencia, convirtiendo la vivienda en objeto de especulación. Y en esta línea incide el Decreto ley 4/2000, de medidas urgentes en el sector inmobiliario y transportes. Más aún, en 2001 una nueva sentencia del Tribunal Constitucional, que impactó de lleno en la ley de 1998 y forzó a su notable modificación a través de la ley 10/2003, de 20 de mayo. A la par, las Comunidades Autónomas procuraban fomentar una legislación a la altura de las responsabilidades asignadas por la sentencia de 1997 del Tribunal Constitucional. Cada una lo hizo a su ritmo y a su modo; y en lo único que coincidieron fue en el intento de reducir el histórico protagonismo municipal en el quehacer urbanístico.



En el título de este apartado se expresa la ciudad actual como una ausencia de *urbanitas*, lo que no quiere decir que no exista un modelo urbanístico; de tal modelo sólo esbozaré una descripción básica conforme a grandes ítems:

7.1 Quiebra de la ciudad monocéntrica

La ciudad tradicional, compacta y compleja por su significado ancestral deja de ser formal y nodal en pro de la pluricentralidad o difusión de la centralidad (ciudad difusa; ciudad red); así, la ciudad formal clásica se convierte en simple urbanización, en ciudad hueca de contactos, contenido e información diferenciada, y cuyas formas pasan a tener una función básicamente decorativa. De este modo un crecimiento centrífugo se impone siguiendo el modelo funcionalista de ocupación del suelo inspirado en la Carta de Atenas de los años 30; tal modelo une una rígida compartimentación a una localización según la función, por zonas (zoning), que necesita buenas conexiones de transporte y de comunicación, energía o permeabilidad del contacto 'campo-ciudad'⁶¹. Algunos autores hablan del término 'barrio-ciudad', como instrumento muy útil para elevar la calidad de vida de estas ciudades consolidadas de cierto tamaño; con esta figura de lo que se trata es de establecer áreas operativas con una población comprendida entre 20.000 y 50.000 habitantes, con dotación de equipamientos públicos y espacios libres, y un diámetro que no supere en ningún caso los 2 kilómetros, logrando que el recorrido a pie de la distancia máxima dentro de cada barrio-ciudad sea 30 minutos⁶². Así se consigue un aumento de complejidad de pequeña escala y una simplificación de gran escala. Pero es necesario que ello se haga programadamente, planificando las acciones e iniciativas que puedan combatir los efectos negativos; así por ejemplo, introduciendo un corrector ecológico se palia el insostenible despilfarro urbanístico de las urbanizaciones residenciales de la periferia, descongestionando funcionalmente el centro comercial y de negocios, y dotando a ese sector de personalidad funcional propia y de sentido dentro del tejido de la ciudad⁶³.

Este proceso de concentración se agudiza en la megaciudad, en la que múltiples elementos añaden complejidad a la realidad urbana; en Occidente las megaciudades se presentan planificadas, con graves problemas de tráfico, congestionadas, opulentas y deshumanizadas, con un crecimiento casi nulo, mientras que en las ciudades del mundo menos desarrollado son caóticas, hacinadas, insalubres, y llenas de necesidades cada día más acuciantes por el constante aumento de la población que vive en ellas⁶⁴.

61 RULLÁN SALAMANCA, O., "Economía y sostenibilidad de las ciudades: entre la desregulación y la planificación", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, p. 162. MELLADO RUÍZ, L., "La reordenación territorial del urbanismo desagregado: articulación de las previsiones urbanísticas y territoriales en el ordenamiento andaluz", *El derecho urbanístico del s. XXI. Urbanismo y estado de las autonomías*, Madrid, 2008, pp. 344-389.

62 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 40, 42-43, indica que "hoy día es posible incorporar datos demográficos, imágenes obtenidas por satélite y otros parámetros medioambientales para encauzar la expansión urbana de una localidad o grupo de localidades hacia las zonas más favorables y evitar las más desfavorables. Ello puede implicar la necesidad de construir nuevas infraestructuras para la sostenibilidad en la ciudad consolidada —sistemas públicos de transporte energéticamente eficientes, redes de carriles-bici, infraestructuras que faciliten el uso de energías renovables, criterios de climatización sostenible, gestión adecuada de los residuos sólidos urbanos, medidas de ahorro de agua, incremento de espacios libres y zonas ajardinadas, etc..

63 VILAGRASA IBARZ, J., "Ciudad y sociedad. ¿Relaciones en transformación?", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León 2003, p. 331; RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 165; SÁINZ GUERRA, J.L., "La remodelación de la ciudad europea", *La remodelación de la ciudad europea*, Valladolid, 2007, p. 21.

64 LÁZARO Y TORRES, M.L.-GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M.J.-IZQUIERDO ÁLVAREZ, S., "Reflexiones sobre la terminología para designar a las ciudades que encabezan la jerarquía mundial", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, pp. 64-70.

7.2 Decadencia de grandes espacios urbanos en el centro de las ciudades

Aunque ciertos criterios de conservación y rehabilitación son ya aplicados tradicionalmente en las ciudades históricas, estas requieren del consorcio municipal y empresarial para una reestructuración que cree vida urbana: ya sea dotándolas de una gran accesibilidad de comunicaciones y de servicios (oficinas, comercio, actividades lúdicas y ofertas culturales, ...), ya simplemente generando una arquitectura excepcional, que rompa las reglas del juego urbanístico, aumentando la rentabilidad; o creando 'parques temáticos'⁶⁵. Sin embargo una museización de los cascos históricos conlleva ciertos efectos contraproducentes, que a veces también se exportan a los espacios rurales, transformándolos en paisajes fijos e inertes, que como expresa Hernández Ramírez, 'están obligados a parecerse a lo que se cree que fueron'⁶⁶. Otra práctica que vitalizaría los centros de las ciudades sería una promoción del alquiler de viviendas⁶⁷.

7.3 Predominio de intereses empresariales en el desarrollo urbano

Frente a una planificación urbana y regional se defiende el avance de la empresa sobre la administración (Privatizaciones, externalización de servicios, concesiones, creación de empresas públicas, etc.)⁶⁸. Los grandes grupos de inversión buscan rentabilidad económica y financiera en los valores urbanos; y para ello, con la complicidad de los ayuntamientos, cambian los planes urbanísticos a su gusto (por ej., los 'convenios urbanísticos'). Así esta política de los anti-planificación ha provocado que la ciudad comience a no funcionar⁶⁹. Por ello ha de buscarse un equilibrio entre el mercado y las intervenciones públicas, compaginando crecimiento económico, capacidad emprendedora e innovación, a la par que cohesión social y bienestar colectivo⁷⁰.

7.4 Articulación de una red global de ciudades

En el contexto europeo, por ejemplo, es muy posible que la gran ciudad y los sistemas urbanos centrales sean los únicos espacios relevantes en la dinámica económica. Y a escala planetaria se está construyendo un selecto club de grandes ciudades que se configuran en motor de la economía y en promotores de las nuevas tendencias sociales, tecnológicas y culturales (ciudades globales). La municipalización va a ser decisiva en procesos de construcción de

65 SÁINZ GUERRA, J.L., *La remodelación de la ciudad europea cit.*, pp. 13-15. GARCÍA ECHEVARRÍA, S., "La empresa y su entorno urbano", *Ciudad e historia: la temporalidad de un espacio construido y vivido*, Madrid, 2008, pp. 135-173. VILAGRASA IBARZ, J., *Ciudad y sociedad cit.*, p. 339, indica que otra pérdida de la identidad local se está perpetrando a partir de la comercialización *folk*, y de la canalización del patrimonio. Una alternativa para el crecimiento, para agudizar la iniciativa de emprendedores en las ciudades de gran riqueza patrimonial y cultural ha sido, desde hace un tiempo de forma redoblada, la comercialización del patrimonio. La búsqueda de visitantes que atraídos por los tesoros históricos están dispuestos a pagar. La ciudad monumento se ha convertido en un parque temático y, como tal, en un producto hiperreal, que ofrece más que la realidad, que inventa la realidad y la hace dirigitible a las masas.

66 HERNÁNDEZ RAMÍREZ, J., "Movimiento patrimonialista y construcción de la ciudad", *Ciudad e historia: la temporalidad de un espacio construido y vivido*, Madrid, 2008, p. 40.

67 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 44-45 indica que una de las características de la actual tenencia de vivienda en España es el escaso porcentaje de vivienda en alquiler, muy por debajo de la media europea", y que rompe la tendencia inversa de tiempos pasados.

68 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, pp. 151; 166, señala que los planes pasan a ser instrumentos desregularizadores que preparan el terreno a la inversión, a cualquier inversión. Estos planes allanan el territorio para poder competir mejor en busca de inversiones.

69 SÁINZ GUERRA, J.L., *La remodelación de la ciudad europea cit.*, p. 17.

70 VILAGRASA IBARZ, J., *Ciudad y sociedad cit.*, p. 347.



supranacionalidades. Por ello, frente a las antiguas redes de producción de bienes y servicios, cada ciudad ha de aprender a competir y a cooperar con las demás para incorporarse a los nuevos circuitos internacionales (tecnológicos, políticos, económicos, científicos y técnicos, culturales o de consumo). De este modo se puede generar riqueza, tecnologías e iniciativas empresariales aplicables al territorio concreto, y garantizar la calidad de vida presente y futura de los ciudadanos. Por eso, la posición de cada ciudad en la red global de ciudades va a depender de las características de cada comarca (con una historia y un contexto político, económico y social determinado), haciendo atractiva la explotación de las 'ventajas' de ese territorio: en esa tan anunciada complementariedad entre lo global y lo local⁷¹.

7.5 Criterios de ecología y sostenibilidad en la planificación urbana⁷²

Ya más de la mitad de la población vive en zonas urbanas, y en ellas se concentra la pobreza, a la par que la esperanza de escapar de ella; es calidad y contaminación⁷³. Los planteamientos ecológicos del medio natural y agrario aplicados a la planificación (ecología urbana) para la delimitación de 'unidades ambientales' son muy recientes, datan de los años 90, y, como señala Rullán Salamanca, apenas han cuajado todavía en el discurso oficial de gestores y planificadores. Así, los Planes Generales de Ordenación Urbana (PGOU) de la legislación urbanística y los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) de la legislación de espacios naturales determinan zonas y las distribuyen de forma concéntrica (del centro a la periferia los primeros hablan de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable⁷⁴, mientras que los segundos, en la misma dirección, se refieren a zona central, zona tampón y zona de transición)⁷⁵. Desde la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna silvestre, el medio 'natural' se cualifica en los territorios urbanos a través de los parques metropolitanos, parques urbanos y parques de barrio⁷⁶. Esta ley ha sido derogada por la ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, con el objeto de intentar corregir en parte algunos de los defectos de la normativa previa anterior. Es más completa y sistemática, y pretende precisamente acabar con el intento de compartimentalización o 'atomización' de los espacios naturales (barreras político-administrativas a la Naturaleza), sustituyendo las fórmulas anteriores de gestión por nuevos mecanismos de protección integrada de los ecosistemas naturales.

Además, por lo que se refiere a los huertos, desde un enfoque urbanístico sus tapias han definido siempre la ciudad más allá del estricto sentido geográfico⁷⁷. Pero dado que nuestro sistema jurídico no confiere, a este bien inmueble urbano, calificación propia alguna de la

71 PRECEDO LEDO, A., *La ciudad en el territorio cit.*, pp. 16; 32. CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 15-19.

72 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 159 refiere que el término sostenibilidad es consagrado a finales de los 80 desde las Naciones Unidas a partir del llamado informe Brundtland. Un término que debe a la ambigüedad gran parte de su éxito pues puede ser confundido fácilmente con el desarrollo autosostenido que venían manejando Rostov y otros economistas dedicados a promover el crecimiento económico.

73 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 15-16.

74 Las clases de suelo (urbano, urbanizable y no urbanizable) son válidas en el ámbito autonómico, pero la nueva legislación estatal, a los solos efectos de las competencias estatales, ya no clasifica el suelo, sino que lo delimita en dos situaciones básicas, rural y urbanizado.

75 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, pp. 154-155; 161. Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

76 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 155.

77 WISEMAN, T.P., "A stroll on the rampart", *Horti romani. Atti del convegno, Roma 4-6 maggio 1995*, Roma, 1998, p. 22. Para MAGUIRE, H., "Paradise withdrawn", *Byzantine Garden Culture*, *Dumbarton Oaks*, 2002, p. 31, los *horti* eran lugares que formaban parte de la identidad del paisaje.

que pudiera extraerse una regulación específica, queda a consideración de los Planes Generales de Ordenación Urbana la posible adopción de medidas preventivas y/o correctoras de este desequilibrio ambiental —que en la práctica desgraciadamente siquiera se plantean⁷⁸. Más aún, en el Catálogo de Bienes Culturales que dispone cada Comunidad Autónoma, los huertos (-as) protegidos, como bienes del patrimonio histórico-artístico, responden a caracterizaciones arquitectónicas o etnológicas excesivamente singulares, resultando, por tanto, un instrumento claramente insuficiente⁷⁹. El ecosistema es invisible a los ojos de la línea urbanística y formal de la ‘producción de la ciudad’⁸⁰.

7.6 Fortalecimiento del poder municipal cívico

La reforma financiera y competencial de los entes locales no debe gravitar sobre los ciudadanos, sino que ha de tener su soporte en el trasvase hacia el mundo local de ingresos y funciones hoy en manos de las Administraciones europea, estatales y regionales⁸¹. Además, una buena administración local ha de hacer un uso eficiente de las capacidades de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, pero también de su propio capital intelectual y de sus propios recursos humanos, que confía en el conocimiento, las habilidades, la experiencia y buen juicio de su gente, de los empleados públicos. Ahora bien, este ‘cambio de modelo urbano’ requiere de la elaboración de una ‘hoja de ruta estratégica’ capaz de impulsar su propia transformación. Como indican Carrillo Benito y Cuerda García, es preciso, por tanto, dotar a estas ciudades de un Plan de Indicadores de Sostenibilidad, con nuevas reflexiones, capacidades e instrumentos para que sean capaces de planificar su expansión, utilizar sosteniblemente sus recursos, y ofrecer a sus ciudadanos los servicios esenciales que necesitan para vivir con dignidad. La incorporación de las asociaciones sociales, ambientales y económicas representativas de los ciudadanos en los órganos de gestión de los servicios municipales, y la difusión de los resultados de la gestión municipal, son instrumentos necesarios para acercar e implicar a la ciudadanía en el desafío de la sostenibilidad. En este orden resulta fundamental que la ordenación urbanística municipal contenga un Plan de Indicadores de Sostenibilidad (planificación estratégica y planificación urbanística)⁸².

7.7 Inmigración y pérdida de identidad local

Un gran coste de la urbanización es la pérdida de identidad local. Las ciudades tienden a reproducir en todas partes similares formas de vida, ahogando las costumbres arraigadas

78 BONUCCELLI, A., “Presentazioni”, *Roma. Il verde e la città: giardini e suazi verdi nella costruzione Della forma urbana*, Roma, 2002, p. 13, explica que durante el boom económico se han concentrado grandes cantidades de cemento, comprometiendo irreversiblemente la memoria y el futuro. El ‘verde’ como parte estructural del contexto urbano, representa una ineludible necesidad y un bien colectivo, que debe cuidarse a través de un decisivo empeño institucional. En suma, la idea de una ciudad sostenible, con un cuerpo organizado de espacios verdes, podría equilibrar la presión antrópica; consiguiéndose así un positivo y cuidado equilibrio ecológico.

79 RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *El huerto en la Roma antigua. Su problemática urbanística y agraria*, Madrid, 2008. En la Comunidad Autónoma Andaluza están catalogadas como BIC: La Casa-huerta de San Vicente, la Huerta Noble, la Huerta de San Lázaro y la Huerta de Pedalajar. Todas ellas exceden por diversas razones del modelo de pequeño huerto tradicional, tan extendido hasta las últimas décadas de este siglo. También al respecto, AAVV., *Plazas y jardines en Andalucía* (Jornadas europeas de Patrimonio. Andalucía. Consejería de Cultura), Sevilla, 2004.

80 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 157.

81 Al respecto, FERIA TORIBIO, J.M., “Indicadores de sostenibilidad: Un instrumento para la gestión urbana”, *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, pp. 241-253.

82 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 21-29, 34-36.



en los lugares y conforme a la tradición⁸³. Y a ello se une el fenómeno migratorio. La integración de las minorías ha de hacerse en las ciudades y en los barrios puesto que se ha demostrado que la creación de guetos raciales o de bolsas de pobreza generan conflictividad.

7.8 Promoción de la ciudad a través del concepto de salud pública

“Ciudad y salud pública” es el tema de una mesa redonda en la que se plantean las múltiples vertientes de este bien colectivo: barreras urbanísticas y de transporte, espacios para actividad deportiva y espacios verdes, edificios enfermos (oficinas herméticas, con ventilación artificial, o legionelosis por el aire acondicionado), ruidos⁸⁴. Así Olivera Poll, A., menciona la importancia de los efectos negativos de la expansión espacial de la ciudad (suburbanización de la vivienda, periferización de grandes superficies comerciales, salida de colegios, etc.). Y esto está provocando una necesidad de motorización de población muy joven y muy anciana, lo que conlleva un aumento en la accidentalidad por tráfico y en los niveles de contaminación. Las barreras son un factor de exclusión (de la formación, del trabajo, etc.), y de enfermedad (te aíslan, crean depresión, sedentarismo y falta de ejercicio físico, varices, obesidad, falta de control médico por imposibilidad de salir). La salud se refuerza también si el espacio vital potencia los sentimientos de autoestima, confianza y seguridad, y en este sentido se manifiesta Martín Sánchez, V., cuando expresa que ‘la salud es intentar que la sociedad tenga el mayor estado de bienestar físico, psíquico y social posible. El cambio en los factores demográficos, el envejecimiento de la población, lleva también a que los problemas sean nuevos y sus soluciones también lo tengan que ser. Y por otra parte, está claro que no se puede mantener un incremento del gasto sanitario por encima del crecimiento económico de manera indefinida’. Por su parte Olivera, A., se centra en la educación de los niños como ciudadanos, porque hay, por ejemplo, sitios donde juegan y cosas a las que juegan que pueden ser un factor de salud terrible”. Finalmente Vilagrasa, J. indica que una ciudad saludable necesita de políticas claras y de mucho dinero para implantarlas.

8 Notas conclusivas

Se han expuesto aquí de manera panorámica distintos modelos de ciudad en el mundo romano, pero sacrificando inevitablemente muchas referencias y aspectos igualmente interesantes para su integral comprensión. E igualmente la descripción de la ciudad actual, rica en matices y en casuística, se ha sometido a la misma idea de presentación global, lo que quizá provoque en ciertos puntos un análisis demasiado forzado, pues muchas son las cuestiones de calado. Así, por ejemplo, el TR de la Ley de suelo de 2008, una norma estatal que, por cuestiones competenciales, no entra a regular cuestiones propiamente urbanísticas, es decir, las tres clases de suelo que cita existen en las CC. AA., y se concretan, para cada municipio, en los planes a partir de las determinaciones de cada legislación urbanística (en Andalucía, la LOUA 7/2002), pero la Ley estatal no contiene clases de suelo. Por otro lado, el modelo de crecimiento y ordenación concéntrica es evidente en el caso de los instrumentos de ordenación urbanística (el más importante, el PGOU), aunque ya

83 VILAGRASA IBARZ, J., Ciudad y sociedad cit., p. 338.

84 AA.VV., “Ciudad y salud pública”, *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, pp. 471-488. Santana, A.P., refiere que ‘hoy, un poco por todo el mundo, el espacio urbano es un espacio considerado como crítico, cuando se asocia a valores como la calidad de vida, bienestar y salud de las poblaciones. Se trata del paradigma perdido de la urbanidad. En la urbe de nuestros días se concentran problemas de paro, polución, calidad de los alojamientos, iniquidades, diferentes exclusiones, creciendo los casos de patologías infecciosas (nuevos y viejos problemas de salud), patologías crónicas y sociopatías. El espacio urbano raramente es lugar de encuentro y seguridad’.

resulta tan claro respecto de los PORN, aunque existen esas zonas de amortiguación, la funcionalidad es diferente. No se trata de grados de protección, porque por ejemplo, en urbanismo el único suelo protegido es el no urbanizable, pero los otros dos son susceptibles de transformación. En síntesis, la normativa de protección de espacios naturales sí tiene un evidente objetivo de protección (menor conforme nos alejamos del espacio protegido), pero la clasificación urbanística responde a otras motivaciones (ordenación de la ciudad, determinación de los derechos y deberes de los propietarios, cálculo del valor de los terrenos, por ejemplo, a efectos expropiatorios), aunque es verdad que en el suelo no urbanizable prevalece la óptica de la preservación de dichas zonas. El objetivo de la nueva Ley 42/2007, de intentar superar la visión “conservacionista” de la anterior, por una nueva reformulación “integrada” de los espacios naturales. De hecho, el nuevo TR2008 de la Ley del suelo parte precisamente de esa convicción de interacción entre el campo y la ciudad, de la progresiva imbricación de elementos, para que la ciudad no “muera” al acabar las casas, y sólo exista “campo” fuera de la ciudad. Se busca una ciudad polivalente, abierta, solar, “verde”, etc., porque el medio natural también es medio ambiente. Otra cosa es que esto se consiga de verdad, porque al final, una Ley puede decir muchas cosas, y una ley estatal genérica más todavía, pero lo importante es su aplicación y todo eso depende de los planes urbanísticos, que no los hace el Estado, sino las CC. AA. a propuesta de los municipios correspondientes. La misma consideración en cuanto a los huertos, figura no contemplada en la legislación o planificación urbanística, aunque sí susceptible de declaración como BIC, aunque para ello hay que demostrar la singularidad, rareza, belleza, etc., del mismo; y lógicamente eso es insuficiente para “ambientalizar” el entorno urbano.

Así se puede concluir señalando que a pesar de todos estos inconvenientes o debilidades, la presentación de este hilo conductor se presenta sugerente. Esta ciudad, que difusamente pretende ser el hábitat de sus ciudadanos, necesita de una reflexión profunda respecto a conceptos básicos, tales como ciudadanía y urbanidad. Ahora bien, para ello ha de renovar e innovar —con el poso de su propia historia— el modelo de ciudad; y personalmente creo que la experiencia romana en este campo puede suscitar claves, visiones y principios enriquecedores y útiles.

Condiciones de eficiencia y eficacia de la intervención estatal en la economía, a la luz de la última doctrina social de la iglesia

43 Regap

RODOLFO CARLOS BARRA

Profesor Ordinario de Derecho Administrativo,
Universidad Católica Argentina

y de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Matanza

Regap

ESTUDIOS Y NOTAS

La tensión entre autoridad y libertad no tiene ni puede tener una solución de una vez y para siempre. En tanto que *tensión*, expresa un cierto equilibrio entre dos realidades consustanciales del hombre; consustanciales porque participan de su sustancia o naturaleza: por un lado su realidad individual, única, y también así sagrada —cada ser humano individual es creado a imagen y semejanza de Dios— y por otro su realidad comunitaria, ya que fue creado para estar con el otro —“no es bueno que el hombre esté solo” reflexionó el Creador, en una comprobación que va desde lo sexual hasta lo social, porque de la unión con el otro y diverso sexo surge y se sustenta la sociedad. El ser humano es uno en sí y es uno con el otro. Así, y sólo así, *el ser humano es persona*.

Las parejas humanas procrean, se multiplican. Es la ley primera de la existencia: creced y multiplicaos, manda el Dios que es Padre. Así nacen los conjuntos humanos complejos, las sociedades, que por ser complejos requieren de un principio de orden, ya que es también ley de la naturaleza el *dar a cada uno lo suyo*, principio de justicia (el orden es una expresión de la justicia) que no sólo requiere de la constante y perpetua voluntad individual, sino de la garantía y fuerza de una autoridad común.

A la sociedad se le inserta la autoridad (lo que hoy llamamos Estado), también íntimamente consustanciadas. Es decir, la autoridad es inherente a la sociedad, aunque de manera gráfica y metafórica —diríamos de manera modélica— podamos dividirla en dos campos hipotéticos: la Sociedad y el Estado. La primera como campo de la individualidad, siempre compartida, el segundo como campo de la autoridad, aunque siempre servicial con respecto a la Sociedad y al individuo e individuos que le son base. Si lo traducimos en reglas de



derecho —que por otra parte son de la esencia de toda organización— la Sociedad como ámbito del derecho privado, y el Estado como ámbito del derecho público. Ambos ámbitos delimitados por el principio de subsidiariedad, sobre el que luego volveré.

Nuestro constituyente, que fue educado en el neotomismo de la escuela de Suárez, seguramente su mejor expresión política, concretó tales principios en una fórmula más que inteligente: primero reconoce que todos “los habitantes de la Nación” (no tenía razón para referirse a quienes no se encontraban alcanzados por nuestro ordenamiento) gozan de ciertos derechos (art. 14) que sólo enumera de manera enunciativa (art. 33). Pero tales derechos, los enumerados y los no enumerados, deben ser actuados “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 14), es decir, de acuerdo con la regulación formulada por las mismas partes en una convención (normas privadas interpartes) o por la autoridad (normas públicas dispositivas y supletorias o de derecho privado, o imperativas y directas o de derecho público).

Toda actividad normativa es una actividad regulatoria de los derechos, en la medida que se presente la alteridad, o la incidencia, “de algún modo” sobre el orden y la moral pública” ya que de lo contrario “están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, expresa la genial fórmula del Presbítero Sáenz (otro suarista de Chuquisaca) luego recogida en el cit. art. 19 CN.

Por tanto todo derecho admite una determinada regulación, con exclusión del derecho a la vida, que sólo admite protección absoluta desde el inicio de la vida humana. Pero, ¿cuánta regulación?, y, ¿qué regulación?

La regulación debe ser conforme con la norma superior (constitucional para la regulación legal, constitucional y legal para la regulación administrativa). Pero también debe ser eficiente y eficaz.

La eficiencia en la utilización de los recursos y la eficacia en la obtención de la finalidad querida con tal inversión de recursos es una responsabilidad de todo el Gobierno, entendido éste como el sector de conducción del ordenamiento e integrado por los tres denominados poderes u órganos constitucionales.

La comunidad política es ordenamiento —que engloba o incluye a muchos otros ordenamientos menores (Santi Romano)— y el ordenamiento es una organización dotada de calidad jurídica.

La organización supone una determinada ubicación de los elementos que la conforman, ya sean humanos, materiales, espirituales. Todos ellos son a la vez recursos y productos, *inputs* y *outputs* en un circuito organizativo de ciclo continuo. El recurso genera un producto y éste se convierte en un recurso, y así permanentemente.

Naturalmente considerar a las mujeres y hombres que integran el ordenamiento como recursos y productos puede hacerse sólo desde una perspectiva analógica. Es que ese “recurso” y “producto” es, antes que nada y en razón de su esencial dignidad, *el sujeto principio y fin de toda la organización social* (cfr., Concilio Vaticano IIº, Constitución Pastoral “*Gaudium et spes*”, nº 25). De todas maneras, la actuación de los individuos integrantes del ordenamiento, ya sea considerándolos en general como también, en especial, a los afectados al gobierno del mismo (los servidores públicos) debe ser entendida como un recurso, siempre dentro de las exigencias y recaudos de aquella dignidad preeminente. El actual Papa

Benedicto XVI lo destaca muy bien en el n° 32 de su reciente encíclica *Caritas in veritate* (CV) al explicar cómo la pobreza y la desigualdad sistémica, tienen “un impacto negativo en el plano económico, en razón de la progresiva erosión del ‘capital social’, es decir de aquel conjunto de relaciones de confianza, de respeto a las reglas, indispensables para toda convivencia civil”. La marginalidad, es, no sólo moralmente condenable y políticamente antidemocrática —clientelismo— sino antiproduktiva y sofocadora de la creatividad. “*Los costos humanos son siempre también costos económicos* y las disfunciones económicas comportan también costos humanos”, subraya Benedicto en el mismo lugar (subrayado en el original).

Pero, precisamente por esa razón finalista, primordial, determinante, que el hombre posee con relación al ordenamiento, éste debe actuar de manera que los recursos a emplear tengan una utilización eficiente y un resultado eficaz, es decir, guarden la mejor proporción o relación de empleo con respecto a los resultados perseguidos, permitiendo que éstos se logren en la realidad.

El ordenamiento mismo actúa como una determinada modalidad y regla de asignación de recursos. Es que, recordemos, el ordenamiento es materialmente organización, lo que significa disponer de un específico lugar para cada “cosa”, y colocar cada cosa en su lugar correspondiente.

Así, la eficiencia y la eficacia en la asignación y utilización de los recursos es una *razón instrumental* del ordenamiento; su *razón esencial* es el bien común el que, a la vez, se resuelve por vía distributiva en el bien de cada uno de sus miembros. Sin aquel juego de eficiencia-eficacia no será posible ni el bien común ni el bien particular.

Por consiguiente, aquella dupla (eficiencia-eficacia) no debe ser considerada como una cuestión meramente tecnocrática. Realizar la eficiencia y eficacia en la obtención, utilización y aplicación de los recursos es no sólo una grave responsabilidad del sistema de gobierno y de los gobernantes, sino una cuestión directamente vinculada con el marco de valores que determina aquel sistema y que debe ser implementado por los gobernantes.

Como señalamos más arriba no debemos considerar a los recursos sólo como bienes materiales. El ordenamiento asigna también bienes inmateriales, aunque normalmente estos tengan una expresión material, lo que es natural dado su referencia a un ser compuesto de cuerpo y alma: el ser humano. Fundamentalmente el ordenamiento fomenta un sistema de valores con una determinada relación jerárquica entre sí. Notemos que esto ocurre aún en el *ordenamiento-cambalache*, el del “todo es igual; nada es mejor” que amargaba a nuestro Discepolín. Éste es también una forma de ordenamiento, donde lo perverso es sólo una orientación posible, no una dirección contradictoria con su vía natural, y donde el arbitrio de unos justifica la muerte de otros.

El ordenamiento también asigna derechos al garantizar su ejercicio. Es decir, reconoce la existencia de derechos fundamentales, cuyo título se encuentra en el mismo ser personal del hombre, y a la vez genera y pone a disposición de los interesados los instrumentos adecuados para que cada uno pueda hacerse de su derecho y cumplir con sus deberes para con el derecho del otro. Así, el Papa Juan XXIII, en el n° 5 de “*Pacem in terris*” (PT), recuerda la calidad de “persona” de cada ser humano, es decir, su calidad de “sujeto de derechos y deberes” que nacen “inmediata y simultáneamente de su misma naturaleza”. Y éste, subraya, es el fundamento de toda “convivencia ordenada y fecunda”, esto es,



diríamos nosotros, de un ordenamiento guiado por los principios de eficiencia y eficacia debidamente entendidos.

El ordenamiento es, entonces, jurídico, porque debe ser guiado por las exigencias de la justicia, que exige dar al otro lo suyo, su derecho. El ordenamiento, porque es organización y orden, expresa una cierta idea de justicia (la decidida por el pueblo a través de sus gobernantes, respetando las exigencias de la ley natural, sin lo cual no habría justicia alguna).

El ordenamiento es una forma de realización de la justicia, para lo cual debe utilizar y asignar los recursos de una manera justa: según lo exigido por el derecho de cada uno, es decir, en forma substancialmente eficaz, y con el mejor aprovechamiento posible, lo que en definitiva importa un impulso permanente hacia el más pleno reconocimiento de los derechos de cada uno. Si son ahorrados recursos sin daño a la eficacia, se aumentará la cantidad de productos a distribuir, es decir, de derechos reconocidos y satisfechos.

Juan Pablo II, en *Centesimus annus* (CA), utilizó, casi, el “método de casos” para explicarnos tal relación entre la justicia y el buen funcionamiento y subsistencia del ordenamiento. Tomó en consideración “el caso” de la caída, a partir de 1990, de los regímenes opresores, injustos, comunistas, lo que él consideró debido a dos factores principales, además del materialismo, que, llevado a la práctica social de manera global e integral, había, por sí solo e inevitablemente, generado una forma de ordenamiento no sustentable en el tiempo.

Pero en una perspectiva más cercana, el Papa señaló primero, y como factor decisivo, “la violación de los derechos del trabajador”, lo que es una gran paradoja en los casos de sistemas que pretenden ser nada menos que “expresión de...la dictadura del proletariado”. “Son las muchedumbres de los trabajadores —dice el Papa en el n° 23— las que desautorizan la ideología, que pretende ser su voz”.

El segundo factor de la implosión de los regímenes comunistas, en particular del imperio soviético, tiene mayor relación con nuestro tema. La CA la atribuye, en el n° 24, a “la ineficiencia del sistema económico, lo cual no ha de considerarse como un problema puramente técnico, sino más bien como violación de los derechos humanos a la iniciativa, a la propiedad y a la libertad en el sector de la economía”, es decir, a una defectuosa asignación de recursos a causa de la sistemática práctica de la injusticia, propia del régimen, manifestada en no dar o reconocer el derecho del otro, en el caso, aquellos derechos enumerados por el Papa. Es que, continúa en el n° 25, “donde la sociedad se organiza reduciendo de manera arbitraria o incluso eliminando el ámbito en que se ejercita legítimamente la libertad, el resultado es la desorganización y la decadencia progresiva de la vida social”.

Hay entonces una directa relación entre la decadencia de un ordenamiento y su injusta asignación de recursos. Entre estas hipótesis de incorrecta asignación o atribución de “lo suyo del otro” que provoca ineficiencia e ineficacia en el ordenamiento, se encuentra la negación de la libertad de los individuos —la Corte Suprema de Justicia norteamericana recordaba que la sociedad o comunidad es un sistema de “libertades ordenadas”, es decir, adecuadamente reconocidas o reconocidas en su justa medida.

En lo económico, el desajuste o desorden se expresa particularmente en la limitación o directa supresión de la iniciativa individual: en las comunidades decadentes a las que viene refiriéndose la CA, “...el interés individual es suprimido violentamente (y) queda sustituido por un oneroso y opresivo sistema de control burocrático que esteriliza toda iniciativa y

creatividad" (nº 25). Junto con el interés individual, interés que mueve la iniciativa creadora de las personas, han sido también dañadas, recuerda el Papa en el nº 27, otras "virtudes relacionadas con el sector de la economía, como la veracidad, la fiabilidad, la laboriosidad..." , es decir, la condición misma para que el recurso del trabajo posea la cualidad de eficiente y eficaz.

Es que hoy, el trabajo y el conocimiento humano son los recursos más sobresalientes para la recta salud económica (y moral) del ordenamiento. Ambos pueden ser degradados por sistemas que desconocen la libertad, la iniciativa individual y la plenitud de la propiedad, incluso sobre el trabajo y el conocimiento. Juan Pablo destaca la importancia sobresaliente del "*papel del trabajo humano* en cuanto factor productivo de las riquezas inmateriales y materiales" (nº 31, subrayado en el original). Hoy también se destaca como factor productivo "*la propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber*" (nº 32, subrayado agregado). Pero, atención, se trata de la *propiedad* del conocimiento, es decir, su uso y goce sujeto al interés del propietario, siempre según la ley, esto es, a las exigencias de la justicia que Santo Tomás denomina "general, del bien común o legal", y que podríamos también denominar "social".

El sometimiento del uso y goce de la propiedad a las exigencias de la justicia del bien común es consistente con el "carácter natural del derecho a la propiedad privada", según recuerda el nº 30 a las enseñanzas de León XIII en la encíclica *Rerum Novarum* (RN). El derecho de propiedad, incluyendo el relativo al conocimiento, no es un derecho absoluto "ya que en su naturaleza de derecho humano lleva inscrita la propia limitación", dice la CA en el nº 30. El conocimiento volcado a la producción de bienes moral, social y económicamente útiles, es una de las expresiones más importantes de la iniciativa y el "espíritu emprendedor" individual (CA, nº 32). Esta iniciativa debe ser fomentada por una adecuada regulación legal tendente a "organizar ese esfuerzo productivo", es decir, al empleo eficiente y eficaz de tal recurso, y así "programar su duración en el tiempo, procurar que corresponda de manera positiva a las necesidades que debe satisfacer, asumiendo los riesgos necesarios". "Todo esto —concluye el Papa siempre en el nº 32— es también una fuente de riqueza en la sociedad actual".

La propiedad del conocimiento debe ser protegida, pero teniendo en cuenta que la inteligencia es fruto de nuestra condición de creados a imagen y semejanza de Dios, de manera que somos creaturas-creadoras. Esta es una cualidad de nuestra naturaleza humana, que nos iguala en dignidad. Por ello la regulación de la propiedad del conocimiento, de la propiedad intelectual, debe ser hecha considerando su especificidad. En este sentido Benedicto XVI, en CV, advierte que "existen formas excesivas de protección del conocimiento por parte de los países ricos, mediante un empleo demasiado rígido del derecho de propiedad intelectual, especialmente en el campo sanitario" (nº 22). ¿No es éste un llamado a una eficiente y eficaz utilización de un recurso común, la inteligencia, en el ordenamiento globalizado? Pero a la vez ¿no exige que los países pobres, a través de la adecuada protección de la propiedad del conocimiento, de la iniciativa e inventiva individual en ese como en todos los campos, fomenten el despliegue de sus propios recursos? Recibir sin hacer es propio de los ordenamientos gravemente ineficientes y así, subdesarrollados, incapaces de fomentar el recurso-conocimiento.

El ordenamiento es el ámbito de asignación de los recursos. Estos, siempre dentro de tal ámbito, pueden ser asignados de manera distributiva, mediante operaciones jurídicas de



derecho público, propio del Estado, o de manera conmutativa, sinalagmática, que es el gran espacio del derecho privado, propio de la sociedad. Antes, el ordenamiento despliega el “complejo de instituciones que estructuran jurídica, civil, política, culturalmente, la vida social” dice Benedicto XVI en el n° 7 de CV, n° 7, esto es, como ejercicio de la justicia general, que es lo propio de la ley como regla de conducción gubernamental.

En el plano de la justicia conmutativa, debe destacarse el *rol del mercado*, del “libre mercado”, subraya el n° 34 de CA, donde lo califica como “el instrumento más eficiente para colocar los recursos y responder eficazmente a las necesidades”. El mercado (CV, n° 35) “es la institución económica que permite el encuentro entre las personas en cuanto operadores económicos que utilizan el contrato como regla de sus mutuas relaciones”. Como lo hemos expresado en muchas oportunidades, el mercado es el ámbito económico que se encuentra regido por la fórmula genial que ese gran cordobés, Vélez Sarfield, plasmó en el art. 1197 de nuestro Código Civil: “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. A la vez, nuestro otro codificador moderno, Borda, nos señala en el art. 1198 que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...”, coincidiendo, también aquí, con el pensamiento papal, cuando nos enseña que la actuación del mercado requiere de “la confianza recíproca y generalizada...” (n° 35, CV).

El mercado, dice allí la CV, “se encuentra sujeto a los principios de la justicia conmutativa”, siempre en el “intercambio de bienes y servicios fungibles entre sí” (ibídem). El mercado actúa sobre los bienes que son transables, conforme con un “precio *conveniente*” (subrayado agregado), indica Juan Pablo en el n° 34, CA, es decir, un precio *convenido* entre las partes: es el que ellas consideran justo, y así deviene justo, porque es la medida del acto justo expresado en el cumplimiento de lo debido al otro. El precio es así resultante del acuerdo de voluntades, de la autonomía de la voluntad y, por tanto, instrumento de asignación de recursos en una sociedad libre.

Pero estos son principios que sólo pueden aplicarse, con eficiencia y eficacia, reiteremos, a los bienes transables. “Por encima de la lógica de los intercambios... existe algo que es debido al hombre porque es hombre, en virtud de su eminente dignidad”, afirma Juan Pablo en el n° 34, CA. Lo debido al hombre es el derecho del hombre, el suyo del hombre en cuanto hombre, el derecho cuyo título se encuentra en la misma naturaleza humana y que se orienta a la satisfacción de sus necesidades fundamentales, como la vida desde el mismo momento en que aparece un ser vivo humano (el embrión humano). El ejercicio práctico de este derecho es cometido de la justicia general, también llamada social, y consecuencia mediata de la justicia distributiva (cfr., CV, n° 35), en cuanto asigna a cada uno la parte del bien común que proporcionalmente le corresponde como carga o beneficio.

Para ser totalmente eficiente en la utilización de los recursos y eficaz en su asignación, el mercado “dejado al solo principio de la equivalencia de valor entre los bienes intercambiados no alcanza a producir aquella cohesión social de la cual tiene necesidad para funcionar adecuadamente” (ibídem). La “lógica mercantil”, precisa Benedicto XVI (CV, n° 36) no debe ser considerada un fin en sí misma, porque ello también conduciría a situaciones de ineficacia social, como lo ha padecido el capitalismo originario, con su gran desprecio y “derroche” de recursos humanos. Tampoco debemos caer en lo que Juan Pablo denomina la “idolatría del mercado”, “que ignora —señala en el n° 40, CA- la existencia de bienes que, por su naturaleza, no son ni pueden ser simples mercancías”, como el ambiente.

El funcionamiento del mercado debe ser orientado, finalizado al bien común, lo que es competencia de la comunidad política, guiada por el gobierno, esto es, cometido de la justicia general o social (cfr., CV, n° 36). El Papa destaca muy bien en el n° 35, CV, que la justicia social es condición de eficacia del mercado: “Sin formas internas de solidaridad y confianza recíproca (ya veremos que sin *justicia en la caridad*) el mercado no puede desarrollar plenamente su propia función económica” (paréntesis agregado).

Esta cuestión de la adecuada asignación de recursos, aprovechando así toda la potencialidad del mercado, e incluso incrementándola cualitativamente, puede también ser advertida con relación al tema de la ganancia, del lucro.

En el campo económico, empresario, el de la inventiva de objetos de aplicación práctica, comercial, el espíritu de iniciativa, de emprendimiento, aventura y riesgo, tiene, además de la vocación y la autoestima, un motor muy importante, casi determinante: el lucro.

Lucro es una palabra que a muchos suena mal. Sin embargo quiere decir, en la práctica, ganar dinero. Y el dinero es el medio con el que obtenemos los bienes que necesitamos para nosotros y nuestras familias, los bienes indispensables, los relativamente dispensables y los superfluos, que también, valorados y perseguidos en una medida adecuada, prudente, ayudan a nuestra felicidad.

Pero el lucro, la ganancia, el beneficio, es el gran motor de la economía, del desarrollo. Enriquece a los que más tienen, lo que en sí mismo no es malo, siempre que también beneficie notablemente a los que menos tienen. Y el primer beneficio es la eficiencia en la utilización de los recursos productivos, porque, en razón del lucro, el capital es destinado a actividades productivas con la intención de su mayor aprovechamiento posible, es decir, genera puestos de trabajo. El segundo beneficio es la eficacia, porque ese capital deberá obtener el producto para el que se lo invierte, que es el que genera la ganancia, junto con la existencia del bien útil o conveniente en el mercado. Las fallas en la eficiencia o en la eficacia, suponen pérdidas para el capitalista, que es lo que él naturalmente tratará de evitar, evitando también las disfunciones en el mercado generadas en aquella defectuosa utilización de los recursos.

El lucro crea fuentes de trabajo, directa o indirectamente, aún en el uso superfluo de la ganancia, lo que se comprueba con sólo echar un vistazo a la industria del turismo, uno de los más grandes desarrollos de la moderna economía de mercado: su dimensión cuantitativa ya ha producido un verdadero salto cualitativo, y una gran democratización de la cultura y del placer. Hoy quizás ya no merezca, el turismo, la calificación de gasto superfluo.

Sin duda el lucro debe ser ordenado. Es un instrumento económico, pero con directas consecuencias morales. Así lo advierte Benedicto en el n° 21, CV: “El lucro es útil si, en cuanto medio, se lo orienta a un fin que le otorgue un sentido tanto en lo que se refiere a cómo obtenerlo como en lo relativo a cómo utilizarlo. El objetivo exclusivo del lucro, si ha sido obtenido de forma incorrecta y si no tiene en cuenta al bien común como fin último, corre el peligro de destruir la riqueza y crear pobreza”. Quizás el Papa tenía como visión cercana, cuando escribía esta reflexión, la actual crisis financiera, a la que se llegó, entre otras razones, por una desordenada utilización de mecanismos financieros, sólo justificada por la obtención de un mayor lucro, convertido así en un fin en sí mismo. Esa visión y práctica desorbitada del lucro es ineficiente e ineficaz: destruye la riqueza y crea pobreza.



Juan Pablo II, en el 35 de CA, recordaba que “la Iglesia reconoce la justa *función de los beneficios*, como índice de la buena marcha de la empresa. Cuando una empresa da beneficios significa que los factores productivos han sido utilizados adecuadamente y que las correspondientes necesidades humanas han sido satisfechas debidamente. Sin embargo, los beneficios no son el único índice de las condiciones de la empresa. En efecto, la finalidad de la empresa no es simplemente la producción de beneficios, sino es más bien la existencia misma de la empresa como *comunidad de hombres* que, de diversas maneras, buscan la satisfacción de sus necesidades fundamentales y constituyen un grupo particular al servicio de la sociedad entera. Los beneficios son un elemento regulador de la vida de la empresa, pero no el único, junto con ellos hay que considerar *otros factores humanos y morales* que, a largo plazo, son por lo menos igualmente esenciales para la vida de la empresa” (subrayados en el original).

Es que “la esfera económica no es éticamente neutral”, clama la CV (nº 36) y es por ello también que el “mercado no existe en estado puro” (ibidem): es un instrumento que puede ser bien o mal utilizado.

No es ésta una posición muy lejana a la sustentada, por ejemplo, por los economistas liberales clásicos, pero definitivamente la enriquece en una especie de, también aquí, salto cualitativo.

La iniciativa individual, que como vimos en lo económico se encuentra determinada por la finalidad de lucro, es buena en sí misma y también en sí misma, *espontáneamente*, beneficia al bien común, aún cuando no sea éste el fin explícita o conscientemente perseguido por el agente. El zapatero, el plomero, el abogado, el ingeniero, el estudiante, el ama de casa, la presidenta, no se levantan de la cama cada mañana para ir a cumplir con sus obligaciones pensando: “gracias a Dios hoy voy a realizar algo que es positivo para el bien común”. Ellos persiguen su bien particular pero al hacerlo, en la medida que lo hagan razonablemente bien, de acuerdo con las reglas propias de la actividad y a las generales de la comunidad política, se encuentran, al mismo momento, beneficiando al bien común. Pero atención, éste no es la suma de esos y de todos los bienes particulares. Tiene una sustancia propia que se forma gracias a la *compenetración dirigida*, no casual, de las sustancias de los bienes particulares. El agua, para utilizar una comparación analógica, no es la suma de dos moléculas de hidrógeno y una de oxígeno; es la compenetración sustancial de ellas en determinadas condiciones ambientales, para generar así una nueva realidad, que no es ni hidrógeno ni oxígeno, ni tampoco hidrógeno más oxígeno. Sin embargo, ni el hidrógeno ni el oxígeno desaparecen en el agua; puedo volver a obtener las dos moléculas de uno y la una del otro, respectivamente, desde el mismo líquido. De la misma manera el bien común se forma a partir de los bienes individuales, constituyéndose como una nueva realidad con sustancia propia, aunque sin eliminar a sus elementos componentes (como sí sucede en el totalitarismo).

Pero advirtamos que, a diferencia del ejemplo del agua, en la realidad social, en un sistema libre, los individuos no sólo no desaparecen sino que continúan presentes, de manera que el bien común sólo se realiza con plenitud cuando, al mismo momento, se distribuye conforme a las exigencias de la justicia distributiva.

Es el Gobierno el “químico” al que corresponde hacer coincidir el espíritu de lucro con el bien común. Esta relación del espíritu de lucro con el bien común se produce de dos maneras que deben ser superpuestas, contemporáneas, casi, diríamos, en “unidad de natura-

leza”. Una, es por la acción ordenada de las operaciones privadas tendentes al bien propio (lucro); otra, es por la acción de las operaciones gubernamentales tendentes a orientar e incluso forzar a la actividad privada en función del bien común.

Lo primero se logra mediante la sola presencia del Gobierno, en sus funciones ejecutiva, legislativa y judicial, aunque éstas no persigan incidir directa e imperativamente sobre la actividad privada. Un ejemplo de esto es la expresión del Gobierno legislador en el art. 1197, CC. Es un principio de recto orden social el que los primeros legisladores sean los propios individuos en sus autónomos acuerdos de voluntad. Pero eso es así, con eficacia —y hasta con eficiencia, ya que ahorra los costos de litigios— porque la sola presencia del Gobierno a través del principio del art. 1197 y del resto de los medios para llevarlo a la práctica, lo garantizan.

La segunda forma de incidencia del Gobierno es más excepcional, pero mucho más fuerte, más intrusiva. Esto es *el orden público*, que condiciona, o impone, o prohíbe determinados elementos de las convenciones (incluso el subjetivo). Se trata ya del orden público civil con su sistema de nulidades, o el penal (también referido a conductas), o el administrativo, como la policía administrativa y la regulación económica, o el constitucional, que es todo orden público.

En este sentido, la CA en el n° 42 exige que el sistema de libre mercado se encuadre “en un sólido contexto jurídico que l(o) ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso”.

Es que, señala en el n° 48, “la actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad (la seguridad jurídica, diríamos nosotros) que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes”.

Claro que no se debe tratar de una intervención pública asfixiante. Esta actuación gubernamental debe estar regida por el principio de suplencia, de *subsidiariedad*, el que es materia de una constante prédica de la Doctrina Social de la Iglesia desde la encíclica *Quadragesimo anno* (QA), de Pío XI, proclamado en ese momento (1931) con gran valentía frente al predominio de los totalitarismos en Europa. Así, el n° 80, QA enuncia un “principio importantísimo en la filosofía social: así como es ilícito impedirle a los individuos aquello que ellos pueden realizar con su propia fuerza e industria para asignarlo a la comunidad, también es injusto atribuir a una sociedad mayor y más elevada aquello que se puede cumplir por las comunidades menores e inferiores.” El desconocimiento de las exigencias del principio de subsidiariedad, se afirma en el mismo lugar, es, a la vez, “un grave daño y una subversión del recto orden de la sociedad; porque el objeto natural de cualquier intervención de la sociedad misma es aquel de ayudar de manera subsidiaria a los miembros del cuerpo social, no de absorberlos y destruirlos”.

El principio de subsidiariedad significa también una asignación de los recursos sociales en pos de su eficiente y eficaz uso y desarrollo. Juan Pablo II, en el n° 48, CA —con una anticipación profética frente a lo que está ocurriendo ahora mismo en Europa— destaca la ineficiencia sistémica del modelo del denominado “Estado de bienestar” o “Estado asistencial”: “al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos,

dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos”.

Aquella es la formulación “*negativa*” de la subsidiariedad: la sociedad mayor no debe intervenir en aquello que es de competencia de la sociedad menor. Pero el principio también admite y exige una formulación *positiva*: la sociedad mayor debe intervenir allí donde la sociedad menor no se encuentra capacitada para hacerlo, como en todo lo que se refiere a la conducción o gobierno de los ordenamientos. El principio se manifiesta, entonces, como un límite entre el sector público y el sector privado del ordenamiento, entre el Estado y la Sociedad, cuya correcta ubicación depende de la prudencia política de los gobernantes. Ni muy arriba, donde tiende a la anarquía (notemos la paradoja: el liberalismo extremo es anárquico) ni muy abajo, donde impera el totalitarismo comunista.

Este principio de suplencia o subsidiariedad debe regir, todavía con mayor fuerza en el mundo globalizado. “El mercado se ha convertido en global”, advierte la CV en el n° 24, pero gravemente ineficiente e ineficaz frente a la ausencia de una autoridad política global que Benedicto XVI, con gran audacia reclama en el n° 67 de la CV, comprometida en “la realización de un auténtico desarrollo humano integral inspirado en los valores de la caridad en la verdad”. Y agrega, siempre teniendo presente la gran encíclica del Papa Paulo VI, *Populorum progressio*, “el desarrollo integral de los pueblos y la colaboración internacional exigen la institución de un grado superior de ordenamiento internacional de tipo subsidiario para el gobierno de la globalización...”.

La adecuada utilización y asignación de los recursos es, reitero, un problema atinente a la justicia, en sus tres especies: conmutativa, distributiva y general, y así también un problema jurídico, expresado en los sistemas —o subsistemas— de derecho privado y derecho público, como también en la orientación general del orden público, cuando correspondiere.

Pero la justicia en cuanto es lo debido al otro, reconoce igualmente una dimensión superior. El otro es el prójimo, el igual en dignidad, el que se asemeja y refleja a Dios. El derecho del otro es también una exigencia de la caridad en la verdad. La justicia como caridad es la gran tesis innovadora que Benedicto XVI propone como doctrina social para el siglo XXI.

“La caridad en la verdad —enseña el Papa en el n° 34, CV— pone al hombre delante de la estupefaciente experiencia del *don*” (subrayado agregado), entendido como gratuidad. Este don, que es perdón —y las sociedades que no saben perdonar están perdidas, empanañadas en el odio— es regla de justicia “también en las relaciones mercantiles (donde) el principio de gratuidad y la lógica del don como expresión de la fraternidad pueden y deben encontrar su lugar dentro de la normal actividad económica” (n° 36, CV). Se trata de una complementación —llevar a su plenitud, sin alterar su naturaleza— de las especies de la virtud de la justicia con la virtud de la caridad enriquecida por la verdad. El Papa lo señala con claridad sistemática en el n° 37, CV: “En la época de la globalización la economía siente vivamente la existencia de modelos competitivos ligados a culturas muy diversas entre sí. Los comportamientos económicos-empresariales que así se derivan hallan prevalentemente un punto de encuentro en el respeto de la justicia conmutativa”. Pero tal punto común no es suficiente. “La vida económica —continúa— tiene obviamente necesidad del *contrato*, para regular las relaciones de intercambio entre valores equivalentes. Pero también tiene necesidad de leyes justas y de *formas de redistribución* guiadas por la política, y además de obras que lleven impreso el *espíritu del don* (de la gratuidad). La economía globalizada parece privilegiar la primera lógica, aquella del intercambio contractual, pero directa o in-



directamente demuestra necesitar también de las otras dos, la lógica política y la lógica del don sin contrapartida” (subrayado en el original).

El Papa anticipa así la posibilidad de la existencia, aún dentro de las reglas de la justicia, de una “*economía de la gratuidad*” (nº 38, CV) como un medio apropiado para el funcionamiento eficiente y eficaz del ordenamiento comunitario. Pero sin duda éste es un tema que excede el propósito de este trabajo.

En el último G20, la Presidenta Fernández de Kirchner (a quien también debemos felicitar por su defensa del derecho a la vida de *todo* ser humano) en una palabra sintetizó la actual situación del sistema económico global: “*anarcocapitalismo*” o un capitalismo sin reglas, fuera de todo marco jurídico. El anarcocapitalismo global se manifiesta especialmente en el desorbitado funcionamiento de los mercados financieros, sólo guiado por un afán de lucro exagerado y ajeno no sólo a vinculaciones morales y de ética profesional, sino también a las mismas exigencias de la eficiencia y eficacia económicas. Es ineficaz, pues no logra producir suficiente riqueza social; es ineficiente, ya que lo hace a un enorme costo humano (desempleo, marginalidad, crisis familiar) y material (quiebras, caída del producto bruto, etc.).

Ya Juan Pablo II, en la CA, había distinguido entre capitalismo y economía de mercado. El primero nació anárquico o, al menos, en las relaciones con los obreros y pequeños productores, sin otras reglas que las de la “ley” del más fuerte. Luego, los estados nacionales lograron (en gran medida y con enormes dificultades) domarlo dentro de las propias fronteras, para convertirlo en un sistema de mercado sometido a una adecuada regulación (sin excesos y sin defectos). Aquí el capital es un insumo más en el proceso productivo, dentro de un marco jurídico guiado por el bien común y por el respeto de la preeminente dignidad de la persona humana, de *lo que se le debe al hombre en tanto que hombre*, según lo enseñaba, cabe reiterar, también Juan Pablo en la *Centesimus*.

Por marco jurídico se entiende el conjunto de reglas y de los medios para hacer imponer el cumplimiento igualitario de aquéllas. Es, entonces, el producto de la *autoridad política*, la que, hoy ya nadie lo duda, debe ser representativa, democrática y neutral. Así funciona en la mayoría de las naciones civilizadas, pero esto es insuficiente en la actualidad.

Vivimos en un mundo globalizado, es decir, formado por un tejido de interacciones (culturales, políticas, económicas) que trascienden al poder político de los estados nacionales. En lo económico se reproducen aquí algunos de los peores vicios del capitalismo originario: la ausencia de reglas, simplemente porque no existe una autoridad capaz de imponerlas. Así, los ácratas de hoy no son los idealistas revolucionarios de antaño sino los líderes del mercado de las finanzas, “zona liberada” de cualquier regulación adecuada.

En la encíclica CV, Benedicto XVI denunció con energía a esta nueva forma de *capitalismo salvaje* contraria a los principios de *justicia social*. Ésta, como vimos, tampoco puede ser ajena a las exigencias de la *verdad* (para conocer y afirmar el bien) y de la *caridad* (para realizarlo en un nivel verdaderamente humano, en la comunión de los *que aman al otro como a un yo mismo*).

Para domar al hasta ahora capitalismo anárquico Benedicto auspicia la creación de un *marco jurídico global*, el que sólo puede ser producto de una *autoridad política global*, guiada por los mismos principios de subsidiariedad, federalismo, representatividad, democracia, y neutralidad que rigen —o deberían regir— en las comunidades nacionales.



Excede igualmente a este trabajo —y especialmente a la paciencia de los lectores— el análisis de la aplicación de estos principios al nuevo orden (o desorden) de la globalización sobre la que tanto Juan XXIII, como Juan Pablo II y ahora Benedicto XVI, auspiciaban una autoridad política mundial, cuyo diseño ofrece sin duda dificultades de gran consideración.

La falla del servicio como título de imputación de responsabilidad subjetiva de la administración*

CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA, PH.D.**

Docente investigador de la Universidad Santo Tomás de Aquino de Tunja - Colombia y líder del grupo de investigación en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho
correo-e: cguecha@ustatunja.edu.co

Resumen: *La Responsabilidad del Estado por falla, es el título de imputación de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto a que las actuaciones irregulares de la administración generadoras de perjuicios, se han convertido en lo usual dentro de los criterios de responsabilidad administrativa. En efecto, no ha sido la responsabilidad objetiva sino la responsabilidad subjetiva la de mayor tradición, con fundamento en que los principios de legalidad y de buen servicio público son vulnerados dentro de la actuación de las entidades públicas; lo que significa, que el Estado se ha convertido en el principal transgresor del ordenamiento jurídico, ya que en la falla del servicio, de una u otra manera, lo que existe es una violación de normas que protegen derechos de los particulares.*

Por lo anterior, en el presente artículo se realiza un estudio doctrinal, jurisprudencial y de derecho comparado de la responsabilidad administrativa del Estado por falla en el servicio, de manera que se expondrá su evolución y la situación actual de la misma

Palabras clave: *Responsabilidad, falla, servicio, administración, irregularidad, antijuridicidad, daño.*

Metodología: *El método utilizado es analítico-descriptivo y propositivo.*

Abstract: *Responsibility of States for failure, is the title of most relevant complaint within the Colombian legal system, in that improper conduct by management generating losses, have become usual in the criteria of administrative responsibility.*

* Resultado de investigación Responsabilidad del Estado por actos terroristas. Grupo de investigaciones jurídicas y sociojurídicas da Universidad Santo Tomás de Aquino de Tunja - Colombia. Director Ciro Nolberto Güechá. Medina.

** Ciro Nolberto Güechá Medina, é docente investigador da Universidad Santo Tomás de Aquino de Tunja - Colombia, líder do grupo de investigación en Derecho Administrativo da Facultad de Derecho, correo electrónico cguecha@ustatunja.edu.co



Indeed, it was not strict liability, but fails responsibility for most traditional, based on the principles of legality and good public service are violated in the performance of public entities, which means that the State has become a major violator of the law, because in the blackout, one way or another, so there is a violation of rules to protect rights of individuals.

Therefore, in this paper makes a study of doctrine, jurisprudence and comparative law of the State administrative responsibility for service failure, so as to expose its evolution and current status of the same.

Key words: *Responsibility, fault, service, administration, irregularity, illegality, injury.*

Índice: *Introducción. 1. La responsabilidad subjetiva de la Administración pública, reflejada en la falla del servicio. 2. La prueba de la falla del servicio es un criterio necesario pero no suficiente. 3. La falla probada no es la única expresión de la falla del servicio. 3.1. La actuación impersonal de la falla anónima. 3.2. La falla presunta y su expresión en la carga dinámica de la prueba. 3.3. La falla relativa: un eximente de responsabilidad. 4. La responsabilidad objetiva en el derecho español prima sobre la responsabilidad por falla del servicio. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.*

Introducción

Con el presente artículo se pretende hacer un análisis de la institución de la falla del servicio en el sistema jurídico colombiano y sus referencias en el derecho comparado, específicamente en el derecho español y el derecho francés, los sistemas más próximos a dicha institución.

En las anteriores circunstancias, el estudio se realizará a partir de los orígenes clásicos de la teoría en el ordenamiento jurídico galo, la cual es eminentemente pretoriana cuando los fallos del Consejo de Estado Francés le dieron inicio y consolidación, para pasar al análisis de la institución en nuestro ordenamiento y culminar con las referencias españolas de este título de imputación.

La falla del servicio no es el fruto de extensas regulaciones legales, por el contrario, ha sido la jurisprudencia la que la ha moldeado, a pesar de que existen normas constitucionales y del Código Civil, a la par que algunas de Derecho Público que la determinan; por esta razón, el análisis jurisprudencial y doctrinario será de vital importancia para conocer la realidad del título de imputación de responsabilidad a nuestro parecer más conocido y utilizado por los jueces de la administración.

1 La responsabilidad subjetiva de la Administración pública reflejada en la falla del servicio

La noción de falla ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio sustancial para atribuir responsabilidad a la misma por su actividad¹; el cual no es propio del Derecho Administrativo Colombiano, sino que tiene sus antecedentes en el sistema jurídico francés.

En efecto, la teoría clásica francesa de responsabilidad del Estado se ha referido a la responsabilidad por falla como fundamento de la obligación de la administración de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de su actuación en cuanto que en la misma se evidencia

1 Es preciso indicar, que hay en que el Estado no ha actuado, es decir, no ha generado con su actuación el daño, sin embargo debe concurrir a la indemnización del perjuicio, con fundamento en un título de imputación estrictamente jurídico y no material; si se quiere decir, que los eventos de imputación material no sean jurídicos, en el sentido de asignación de responsabilidad.

irregularidad, es decir, una administración sujeta a error², en el entendido que la misma actuaba a través de sus agentes o servidores, pero que la actividad era atribuible a la entidad pública por no ser posible separarla del servicio público, de la actividad administrativa³.

Y si la responsabilidad por falla ha de considerarse actuación irregular de una entidad estatal, es decir, reprochable no sólo social sino jurídicamente, es preciso afirmar que debemos identificar la falla con la culpabilidad por cuanto en la culpabilidad se evidencian las formas de actuación irregular de la administración a que hemos hecho referencia⁴.

En efecto, cuando se hace alusión a la responsabilidad por falla es necesario probar la misma, lo cual implica demostrar que el órgano público actuó de manera contraria a la regularidad administrativa, que lo hizo de manera ilegal⁵, contrariando postulados del buen servicio público o adecuada función administrativa, lo que significa que la responsabilidad subjetiva comporta un sinnúmero de circunstancias que la determinan⁶, y de esta manera, es preciso indicar que la doctrina tradicional planteada por PAUL DUEZ, en el sentido de que la falla de la administración se evidencia en que la misma actuó mal, tardíamente o no actuó, debe ser superada y hablarse de la existencia de actuaciones irregulares; lo cual implica, la posibilidad de extender los eventos de falla del servicio, por cuanto en la irregularidad es posible involucrar toda actuación que se aleje del buen servicio y la adecuada actuación administrativa, siempre que se identifiquen parámetros mínimos de correcta actividad del Estado⁷.

Pero es en el fallo Pelletier donde, a nuestro parecer, se reconoce por primera vez la falla del servicio y no en otros fallos como el Tomaso Grecco, como lo indican algunos doctrinantes⁸; en efecto, cuando dicha decisión hace alusión a la culpa personal y a la culpa del servicio, lo que está dejando ver es la existencia de actuaciones irregulares atribuibles al particular o a la administración, constitutivas de falta o falla del servicio según el caso, pero que por ser el Tribunal de

- 2 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, tercera reimpresión, Bogotá Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p.231. Muestra como la responsabilidad por falla es el título más antiguo de responsabilidad, en los siguientes términos: “*La responsabilidad por falta o falla del servicio, hoy entendida como responsabilidad por funcionamiento anormal, o también como inactividad de la administración, ha sido el más antiguo y utilizado fundamento de la responsabilidad administrativa, al punto que ha constituido en los sistemas que siguen el modelo francés el régimen de derecho común en la materia, y fue la especie más importante de las desarrolladas por la jurisprudencia colombiana, al menos a partir de 1964*”. Tenemos que decir eso sí, que la responsabilidad por falla ha sido la más tradicional en el Derecho Colombiano, pero no la más antigua porque fue la responsabilidad objetiva por expropiación, la primera forma de responsabilidad administrativa en Colombia.
- 3 DEPUIS, Georges y otros. *Droit Administratif*, novena edición, Paris, Francia, Armand Colin, 2004, p.560, muestra como las conclusiones del Comisario de Gobierno Laferriere en el Fallo Laumonier- Carriol del Tribunal de Conflictos de 1877, dejan ver la distinción que existía entre la falta personal revelada en un hombre con sus debilidades, sus pasiones y su imprudencias, de la falta o falla del servicio, en donde se mostraba a un administrador más o menos sujeto a error.
- 4 PAILLET, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, p.114: “*el hecho del servicio es aquel que es indisoluble del funcionamiento de la máquina administrativa tomada en su globalidad, de suerte que no puede imputarse a tal o cual agente tomado en forma individual, sino al sujeto de derecho que institucionaliza este conjunto de estructura y de agentes*”.
- 5 *Ibidem* p.147: “*No es raro en doctrina que la culpa del servicio se entienda como un comportamiento contrario a las normas que gobiernan el funcionamiento de la administración, en todo caso con un abanico de aproximaciones, que la sitúan a la vez como una omisión o inobservancia de las leyes del servicio, como sinónimo de anormalidad o aún más como la violación de una obligación administrativa*”.
- 6 Aunque es preciso aclarar que no siempre que se incurra en falla del servicio, la actuación es ilegal, ya que en eventos como los hechos administrativos, puede ocurrir que no se esté violando una norma jurídica superior y sin embargo la actuación se puede tornar irregular; por el contrario, al existir una ilegalidad que genere un perjuicio, se está siempre en presencia de falla del servicio, porque si la actuación es ilegal, configura una irregularidad de la administración.
- 7 FOILLARD, Philippe. *Droit Administratif*, Orleans, Paradigme Publications Universitaires, 2004, p. 378: «*La faute peut être un acte juridique (individuel ou réglementaire), une opération matérielle, un mauvais fonctionnement du service, un retard, une maladresse, une négligence... Elle peut résulter d’une action positive ou d’une inaction du service, d’une abstention (carence d’une autorité de police par exemple)*».
- 8 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, obra citada, p.241. Quien es partidario de optar por criterios técnicos para determinar el buen funcionamiento administrativo, en el sentido de establecer estándares mínimos de funcionamiento aceptable de la administración.

Conflictos el que hace los pronunciamientos en dicha providencia, sólo se refirió a la asignación de competencia teniendo en cuenta la atribución o imputación de responsabilidad⁹.

El Consejo de Estado Francés en la sentencia Tomaso-Grecco hizo pronunciamiento de fondo sobre la falla del servicio y no como simple determinación del juez competente para conocer un asunto con fundamento en la clase de culpa, que fue lo realizado en el fallo Pelletier, es decir, la culpa personal y la culpa del servicio. Lo anterior es así porque en dicho pronunciamiento se exoneró de responsabilidad a la administración, al no determinarse la existencia de falla atribuible a la misma, en el sentido que no existió prueba de la irregularidad en la actuación¹⁰.

Significa lo anterior que, al hablarse de falla del servicio, es preciso indicar que se debe probar la actuación irregular de la entidad pública, en los términos analizados en acápites anteriores, de vulneración del buen servicio público y, así, determinar el título de imputación subjetivo de responsabilidad al Estado, que en el sistema francés se evidencia aún en casos de la actividad médica, cuando se generan errores en los procedimientos¹¹, a pesar de que en algunos eventos se puede estar frente a responsabilidad objetiva o falla presunta¹².

2 La prueba de la falla del servicio es un criterio necesario pero no suficiente

En el derecho colombiano, la falla probada se ha constituido en el título de imputación de responsabilidad por excelencia, en la medida que las actuaciones irregulares de la administración han constituido el fundamento tradicional de responsabilidad del Estado; en efecto, si se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado, ésta ha sido la mayor expresión de responsabilidad administrativa, a pesar de que la responsabilidad objetiva es de más vieja data dentro de nuestro sistema jurídico¹³.

De la misma manera que la concepción clásica francesa de la responsabilidad por falla, en el ordenamiento nacional se han consagrado en principio como modalidades de la falla en el servicio, circunstancias que implican que la administración no ha actuado, lo ha hecho tardíamente, o la actuación ha sido anómala. Lo anterior significa que la actuación del Estado en este título de imputación de responsabilidad se enmarca en conductas positivas como en

9 Ibidem, p. 235, aludiendo además al fallo Auxerre

10 LONG, Marceau. *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p.8, al referirse al espíritu del fallo Pelletier expresa: "La culpa personal es concebida como aquella que se desprende tan completamente del servicio que el juez ordinario puede constatarla, sin por ello entrar a apreciar el funcionamiento mismo de la administración. La falta del servicio al contrario es un hecho del agente tan ligado al servicio que su apreciación por parte del juez común automáticamente implica una apreciación del funcionamiento del servicio". Y si en la falta del servicio, lo que se hace es una apreciación del funcionamiento del mismo, significa que se realizan verificaciones y valoraciones de la actuación de la administración, que no es otra cosa que determinar si existió falla en el servicio público.

11 C. E. Francés, 10 de febrero de 1905, Tomaso Grecco, Rec. 139, concluc Comisario Romieu, expresa: "Considerando que de la instrucción no se desprende ni que el balazo que hirió al señor Grecco haya sido disparado por el policía Mayrigue ni que el accidente que sufrió el actor pueda atribuirse a una falla del servicio atribuible a la administración; que, en consecuencia, no asiste ningún derecho al señor Grecco para demandar la anulación de la decisión por la cual se denegó la atribución de una indemnización."

12 C.E. Francés Ass 10 de abril de 1992, Esposos V., Rec. 171, conclu. Legal. Responsabilidad por servicios médicos y quirúrgicos; En LONG, Marceau. *Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, obra citada, p.613.

13 La jurisprudencia francesa ha hablado de responsabilidad objetiva en asuntos médicos, en casos de transfusión sanguínea por ejemplo, consignada en: C.E., 26 de mayo de 1995 "M. Jouan y Consorts N'Guyen". Tomado de MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho administrativo*, traducción de Zoraida Rincón Ardila y Juan Carlos Pelaez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010. p.835.



los eventos en que la administración ha actuado mal y en conductas omisivas para los casos en que no haya actuado o la actuación ha sido tardía.

La jurisprudencia del Consejo de Estado desde sus inicios¹⁴ ha sido clara en contemplar las formas de falla en el servicio a partir de los criterios tradicionales de responsabilidad subjetiva para identificar este título de imputación, donde las omisiones administrativas, por ejemplo, han dado lugar a atribuciones de responsabilidad e indemnización de perjuicios, como consecuencia del no actuar de la administración¹⁵.

Pero es el actuar de las entidades públicas el que ha caracterizado y determinado la noción de falla del servicio, porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha seguido este criterio sin desconocer que lo que identifica esta clase de responsabilidad es que la actuación sea irregular¹⁶, en las diversas modalidades que existen de la irregularidad, porque es preciso indicar que este término tiene una gran amplitud y se puede identificar en un sinnúmero de actuaciones de los órganos del Estado¹⁷; circunstancia que nos lleva a alejarnos de algún criterio del Consejo de Estado Colombiano, que parece adoptar sin mayores reparos la noción clásica francesa de falla del servicio a que hicimos referencia en acápite anterior¹⁸.

De todas maneras, en la falla probada del servicio es necesario demostrar la irregularidad en el actuar administrativo, es decir, la culpabilidad de la administración, lo que significa, que además de acreditar la actuación, el daño y el nexo causal, es preciso evidenciar un Estado alejado de criterios del buen servicio público y, por el contrario, como vulnerador de derechos¹⁹, pero no es suficiente para agotar todas las formas de responsabilidad por falla.

- 14 La responsabilidad objetiva del Estado se contempla desde la Constitución del Estado de Cundinamarca de 1811, cuando se determinó la obligación de la administración de indemnizar perjuicios en caso de expropiación.
- 15 La competencia del Consejo de Estado para conocer asuntos de responsabilidad es relativamente reciente, pues data del año de 1964, ya que antes y a pesar de la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa desde 1913, se estableció con la Ley 130 de dicho año, que era la jurisdicción ordinaria la que conocía dichos conflictos.
- 16 C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de noviembre de 1967, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez, actor Alfonso Salazar y otros, dijo: *"Se ha alegado por la parte demandada que sólo después de la vigencia del Decreto de 1964 es procedente reconocer perjuicios por omisión del poder público, puesto que sólo en este estatuto esa causa se consagró, expresamente, y que en consecuencia debe absolverse a la Nación. La afirmación carece de exactitud y considerándolo así, la sala de lo contencioso administrativo profirió la sentencia del 7 de mayo de 1963, expediente No 412, actores María Elena Umaña y otros, sentencia que por la causal de omisión, resultaron condenados a pagar indemnizaciones los municipios de Barranquilla y Bogotá respectivamente"*. Tomado de LOPEZ MORALES, Jairo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, tomo I Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 1997, p. 146
- 17 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de octubre 20 de 1995, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, confirma que el criterio para determinar la existencia de falla del servicio, es la actuación irregular de la administración cuando dice: *"Si bien es cierto que el daño que sufrió el soldado, ocurrió cuando adelantaba labores de la actividad castrense rebasó los límites del riesgo que en la tarea de guardianes de la vida honra y bienes de los ciudadanos tienen que soportar, mas cuando para este tipo de misiones, no aparece demostrado por la administración que le facilitó los medios suficientes para que llevara a cabo con la debida seguridad para su integridad personal, la tarea que se le concedió, como tampoco la misma entidad demostró que el lesionado tuviese destreza para escalar a la altura que lo hizo, sin comprometer la responsabilidad personal. Así las cosas, como en el caso sub-examine, se evidencia que la administración incumplió con la obligación de retornar en similares condiciones de salud a las que tenía cuando ingresó ROBINSON CARRILLO MOLINARES, a prestar el servicio militar obligatorio"*.
- 18 Así por ejemplo, la falla en el servicio por una actuación irregular de la administración, se encuentra en los actos ilegales de una autoridad pública, que son controvertidos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que de ser anulados, lo que dejan ver es una entidad alejada de la obligatoriedad de cumplir con el ordenamiento jurídico.
- 19 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente No.14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005, M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, al referirse a las modalidades de la falla del servicio dijo: *"No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico (se refiere al artículo 90 constitucional que consagra la responsabilidad del Estado por daño antijurídico) como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tomado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de responsabilidad de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro de la cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha*

3 La falla probada no es la única expresión de la falla del servicio

Pero además de la falla probada, la jurisprudencia y la doctrina han identificado otras modalidades, dentro de las cuales se encuentran la falla anónima, presunta y la falla relativa²⁰.

3.1 La actuación impersonal de la falla anónima

La falla anónima muestra una actuación irregular de la administración, que no puede atribuirse o imputarse a una persona física determinada, pero que se relaciona directamente con el servicio público o la actividad administrativa, es decir, que no se puede separar de ella; por esta razón, consideramos que en esta modalidad, de alguna manera se evidencia el concepto de falla o falta personal, por cuanto se contrapone a la misma, en la medida que en la falla personal tanto la actuación como la responsabilidad son atribuibles a una persona determinada, con la salvedad de que en este caso, por ser una irregularidad atribuible exclusivamente a quien incurrió en la actuación, la responsabilidad se imputa igualmente a la persona o sujeto activo; en cambio en la anónima, el acto es impersonal, pues no se puede identificar quien lo cometió²¹ pero sí determinar los hechos que sirven de fundamento a la asignación de responsabilidad²².

3.2 La falla presunta y su expresión en la carga dinámica de la prueba

La falla presunta, por su parte, indica una actuación de la administración la cual se presume irregular, es decir, se releva al particular de demostrar la falla del servicio y en estas circunstancias, se considera que la entidad pública ha vulnerado principios del buen servicio público; siendo la actividad médica, la que constituye el campo de aplicación de dicha clase de imputación²³, que de todas maneras no ha sido uniforme en su concepción, pues ha ido desde la falla probada a la presunta, pasando por la variación del régimen probatorio, utilizado para acreditar la actuación de la entidad pública y determinar la responsabilidad de la misma.

En efecto, el criterio de falla probada para atribuir responsabilidad por la actuación médica, sin distinguirla de las demás actuaciones de la administración, se ha utilizado desde tiem-

debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio". Paréntesis fuera del texto.

20 C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente No. 10.494, sentencia del 29 de agosto de 1996, M. P. Daniel Suarez Hernández

21 RUIZ OJEDA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, Bogotá, Colombia, Ecoe Ediciones, 2010, p. 8

22 T. C. Francés, Fallo Laumonier-Carriol, del 5 de mayo de 1877, hace referencia a la falla impersonal, que la podemos identificar con la falla anónima, así: *"El criterio indicado por la jurisprudencia es el siguiente: si el acto dañino es impersonal, se deja ver a un administrador, a un mandatario del Estado, más o menos propenso al error; y no al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias, el acto sigue siendo administrativo y no puede ser deferido a los tribunales ordinarios..."*. Tomado de MORAND – DEVILLER, JACQUELINE. *Curso de Derecho Administrativo*, obra citada, p. 826; siendo preciso aclarar, que la falla anónima debe concebirse cuando la actuación no es atribuible a persona específica o determinada, pero la responsabilidad es de la administración a título de falla del servicio, pues hay casos en que siendo particularizada la conducta en una persona, puede no existir falla del servicio, sino falla personal.

23 C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 17.303, sentencia del 25 de febrero de 2009, M. P. Ruth Stella Correa, dice: *"Es cierto que desde hace mucho tiempo la jurisprudencia de la corporación ha sostenido que la falla del servicio es anónima, para indicar que no se requiere establecer en el proceso quien fue el autor material del daño causado; pero esto no significa que no deba establecerse los hechos a partir de los cuales se pretende imputarle al mismo ese daño; por lo tanto, no era necesario que en este proceso se identificara a la persona que dio muerte al menor, pero para poder imputar ese hecho a la Nación, por haber sido causado por un agente a su servicio sí era necesario acreditar esa circunstancia"*.



po atrás y aún hoy día se viene aplicando en esta clase especial de responsabilidad²⁴ con fundamento en que quien alega la falla debe probarla y, así, no se le reconoce al particular ninguna ventaja probatoria frente al ente público, como ocurre en las otras modalidades de responsabilidad médica²⁵; pero la noción de falla probada en asuntos médicos, ha tenido fuertes reservas por ser tan especial y técnica la actividad médico asistencial y en esta medida se han desarrollado criterios como el de la mejor posición de probar para indicar que la administración se encuentra frente al particular en una posición más favorable para demostrar que su actuación se ajustó a los procedimientos técnico-científicos y, respecto de los cuales, al paciente o particular le queda muy difícil demostrar una actuación irregular de la entidad pública²⁶.

Significa lo anterior, que la noción de la mejor posición para probar se constituye en un antecedente o sustento para la acreditación de la teoría de la falla presunta del servicio, donde el particular iguala su posición frente a la administración en asuntos de responsabilidad médica porque se le otorga la ventaja de que no tiene que entrar a demostrar la falla, sino que ésta se presume con fundamento en que la administración tiene una mejor capacidad probatoria; pero la exoneración de probar no es absoluta, ya que está en la obligación de demostrar la actuación, el daño y el nexo de causalidad²⁷, en la medida que cualquier imputación de responsabilidad administrativa tiene que derivarse de un actuar de entidad pública o de un particular que desarrolle servicio público o actividad administrativa.

Es lógico que en actividades médico-asistenciales no se dé el mismo tratamiento probatorio al particular frente a la administración, ya que además de existir desventaja técnico-científica frente a la entidad pública, hay una posición de inferioridad del particular en la prueba de las circunstancias que pueden rodear los acontecimientos que causan el perjuicio, en la medida que una intervención quirúrgica normalmente se realiza a puerta cerrada y con la presencia exclusiva de los profesionales de la medicina, que son los que causan los daños y que en ocasiones muestran una falla anónima de la administración, lo que impide que terceros puedan dar cuenta de los hechos y colaborar en la demostración de la actuación

24 GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, cuarta edición, Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2010, p.450, haciendo alusión a la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del 24 de agosto de 1992, expediente 6754, muestra la falla presunta así: “A través de la falla presunta, se radicó en cabeza de la administración pública una presunción de hecho (*iuris tantum* o de hombre), la cual suponía *prima-facie*, en cada caso concreto, que el daño antijurídico en la actuación médico-hospitalaria, cuando se relacionaba con la prestación del servicio público de salud derivaba de la ocurrencia de una falla del servicio, motivo por el cual a la administración hospitalaria le correspondía acreditar su diligencia y cuidado, en los términos del artículo 604 del C.C., con el objetivo de destruir la presunción de culpa que obraba en su contra”.

25 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente No. 16.700, sentencia del 28 de enero de 2009, M.P. Mauricio Fajardo, indica: “La determinación del régimen jurídico aplicable en eventos donde se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales no ha sido pacífica en la jurisprudencia, como quiera que paralelamente a la postura que ha propendido por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida igualmente, la posición —por lo demás adoptada por la sala en sus más recientes fallos— de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos jurídicos en comentario es el de la falla del servicio probada”.

26 *Ibídem*, trae a colación algunas de sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, que hacen alusión a la falla probada por servicios médico asistenciales, así: sentencia del 7 de diciembre de 2004, expediente 14.421, actor Ramón Freddy Millán y otros; sentencia del 3 de octubre de 2007, expediente 16.402, sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente 16.739.

27 GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, cuarta edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2010, p.448; quien además muestra, que es en la sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6897 M.P. Daniel Suarez, cuando el Consejo de Estado, asume el concepto de que en la actividad médica, la administración se encuentra en mejor posición para probar, ante un particular que no tienen en la generalidad de los casos los conocimientos científicos para acreditar una falla del servicio.

irregular del Estado; por tal razón, la jurisprudencia le ha dado al particular algún alivio en la obligación de probar la culpabilidad en estos casos²⁸.

Por las anteriores circunstancias, el régimen probatorio en asuntos de actividad médica, dependiendo del título de imputación de responsabilidad que se utilice, ha sido manejado de forma diferente; así, de la obligación de demostrar la actuación irregular de la administración en los eventos de falla probada, se pasó a la denominada carga dinámica de la prueba, donde la posición de la parte frente al asunto a probar determina la obligación de aportar a la actuación contenciosa los elementos de juicio para acreditar los supuestos de hecho objeto de prueba, que en el caso de la falla del servicio, hay que decir que le corresponde al particular demostrar la actuación defectuosa de la persona jurídica pública, mientras que a la entidad pública le compete demostrar que actuó ajustada a la legalidad y a criterios del buen servicio público y de una adecuada actuación administrativa²⁹.

En algunos casos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha identificado la falla presunta con la carga dinámica de la prueba³⁰, lo cual no es correcto, por cuanto la carga dinámica de la prueba se diferencia de la falla presunta en que la obligación de probar no es estática, como ocurre en esta última en donde presumiendo la actuación anómala de la administración, le corresponde a la entidad pública prestadora del servicio médico asistencial demostrar que actuó correctamente; sino que por el contrario, existe obligación de probar tanto de la administración como del particular, defendiendo su posición frente al supuesto de hecho que se pretenda demostrar y, así, quien tenga mejor condición de probar lo debe hacer, implicando esta circunstancia la existencia de equilibrio y distribución de las cargas de prueba³¹.

Actualmente, el Consejo de Estado, sin desconocer la existencia de los títulos de imputación de responsabilidad médica de falla probada, presunta y carga dinámica de la prueba, ha adoptado el criterio de *las cosas hablan por sí solas* o los llamados "crasos errores", en los eventos de actuaciones irregulares de la administración que son evidentes y manifiestos³²; por tal razón, se releva al particular de la prueba de la culpabilidad de la entidad pública,

28 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, lo muestra de esta manera cuando expresa: "*La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.*"

29 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 12.584, M.P. María Elena Giraldo, dijo: "*Acceptada la dificultad que suele causarse en la prueba de la causalidad en materia médica, no resulta aventurado sostener que ante casos de difícil prueba se adopten criterios que aligeren la situación de la víctima, máxime si se tiene presente que, la dificultad en el hallazgo de una causalidad razonablemente cierta que permita formular el juicio de imputación, puede obedecer, precisamente, a la forma grupal de la prestación del servicio médico de salud...*"

30 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878, M.P. Alíer Eduardo Hernández Henríquez, al referirse a la falla presunta, dijo que en relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo contenido en la sentencia del 30 de julio de 1992, del C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 6897, M.P. Daniel Suárez Hernández, la misma tiene origen en el principio de las cargas probatorias dinámicas, exigiéndole a las entidades la obligación de probar que actuaron adecuadamente.

31 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2004, expediente N°. 25.416, M.P. Ricardo Hoyos Duque, cuando expresa: "*En síntesis, puede afirmarse que, en muchos eventos, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en atención al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizado en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico tiene acceso a la información.*"

32 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.666, M.P. Ricardo Hoyos Duque: "*Más recientemente, la Sala ha considerado que, la presunción de falla en los casos de responsabilidad médica se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.*"



circunstancia que nos permite decir que en el sistema jurídico colombiano se está abriendo paso la noción de responsabilidad objetiva en los casos de actuaciones médico asistenciales, porque sólo corresponde demostrar la actuación que por su naturaleza es irregular, el daño y el nexo causal, pues se le ha eximido al actor de probar la culpabilidad o la falla; siendo extremadamente difícil para la entidad del Estado probar que actuó adecuadamente, por cuanto el error es evidente y entonces tendrá que acudir a los eximentes de responsabilidad para librarse de la condena al reconocimiento y pago de perjuicios³³.

Así, la noción de falla en el caso de responsabilidad médica ha tenido variaciones de gran interés que han dejado ver una actuación especial que amerita un tratamiento igualmente especial en la atribución de responsabilidad por los daños causados como consecuencia de la misma, llevando a la necesidad de distinguir el acto médico en estricto sentido, que es el que está sujeto a los criterios de responsabilidad analizados, de los actos o actividades conexas, que se rigen en sentido estricto para la imputación de responsabilidad por la noción de falla probada del servicio³⁴.

3.3 La falla relativa: un eximente de responsabilidad

La falla relativa, por su parte, hace referencia a que a la administración se le aplica el principio general de derecho que expresa: *nadie está obligado a lo imposible* y así, una entidad pública no está conminada a realizar actuaciones que no se encuentre en capacidad de ejecutar; lo que significa que si se llega a causar un daño ante la no actuación de la administración, la falla será relativa³⁵.

Significa lo anterior que no puede atribuírsele responsabilidad a la entidad pública y obligarla a la indemnización de perjuicios cuando los mismos son causados por la actuación de una persona estatal, a pesar de que ha actuado con la mayor diligencia, cuidado y utilización de todos los recursos con que cuenta, pero sin embargo el daño se produce de manera inevitable³⁶; lo cual evidencia que no existió una actuación irregular, por lo que a nuestro parecer, se presenta una ausencia de responsabilidad de la persona jurídica pública, ya que todo daño que se causa no genera una obligación automática de reparación.

Por otra parte, es preciso indicar que en la falla relativa nos encontramos frente a los conceptos de Estado ideal y Estado real, en cuanto a que si bien es cierto que es obligación de la administración proteger la vida, bienes y honra de los ciudadanos³⁷, dicha obligación se relativiza por las condiciones materiales que se presentan en el país, que hace que en

33 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 18.364, M.P. Enrique Gil Botero, lo consigna así "*Se configuró, en el caso concreto, lo que la doctrina alemana ha denominado "error craso"... todo lo anterior con fundamento en las reglas de la experiencia científica, objetiva y estadística, que permiten inferir sin requerir un conocimiento especializado sobre la materia, que el yerro cometido se produjo por una equivocada convicción que pudo ser fácilmente superada, lo cual hubiera evitado la producción del evento dañoso*".

34 La jurisprudencia administrativa francesa, ha previsto la responsabilidad objetiva del Estado en asuntos de actividad médica, como en los casos de daños causados en centros públicos de transfusión sanguínea. C.E. fallo del 26 de mayo de 1995, M. Jouan y Consorts N'Guyen. Tomado de MORAND — DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*, obra citada, p. 835.

35 Ver C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 18.574, M.P. Ruth Stella Correa.

36 RUIZ OJEDA, WILSON. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, Bogotá Colombia, Ecoe Ediciones, 2010, p. 12.

37 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 16.626, M.P. Alier Hernández Enríquez, quien además la presenta de la siguiente manera: "*Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre pese a su diligencia no quedará comprometida su responsabilidad*".



ocasiones las autoridades públicas no puedan cumplir adecuadamente con la consagración constitucional de protección sin que signifique que han actuado irregularmente; por el contrario, se puede evidenciar de alguna manera que la actuación fue perfectamente diligente y sin embargo se genera el perjuicio, pero éste no es indemnizable al no existir responsabilidad atribuible al Estado³⁸.

Consideramos entonces que en los eventos antes planteados, más que existir una falla relativa de del servicio, lo que hay es una actuación de la administración ajustada a parámetros de regularidad o legalidad y, en estas circunstancias, se presenta una ausencia de responsabilidad del Estado, por cuanto el actuar de la entidad pública no es el que produce el daño y entonces no se contiene el primer requisito de toda forma de imputación de responsabilidad estatal, como es la actuación de un órgano público o de un particular que cumpla funciones públicas.

4 La responsabilidad objetiva en el derecho español, prima sobre la responsabilidad por falla del servicio

En el sistema jurídico español, la noción de falla no ha sido de gran tradición, por cuanto las actuaciones irregulares de la administración no se han constituido en el principal título de imputación de responsabilidad administrativa, ya que los criterios de responsabilidad objetiva son los que han primado en la asignación de responsabilidad; pero dentro de las diversas modalidades de falla del servicio, es la falla probada la que tiene mayor sustento y aplicación, ya que es necesario probar no solamente la actuación, el daño causado y el nexo causal, sino también la irregularidad o culpabilidad de la entidad pública.

En efecto, de vieja data el sistema jurídico de la madre patria ha considerado la responsabilidad por falla como título de imputación para obligar a la administración a indemnizar perjuicios, con fundamento en la consagración que hace del artículo 1902 del Código Civil³⁹, en conexión con el artículo 1903 del mismo Código⁴⁰; normas que de una u otra forma involucran la actuación irregular de quien incurre en el acto, cuando las disposiciones civiles hablan de la culpabilidad en el sujeto de la actuación.

En efecto, la noción de culpa originada en el derecho privado, así sea de manera poco aceptada, ha identificado la responsabilidad por falla en el Estado Ibérico, por cuanto, la imputación de esta clase de responsabilidad se referencia en los principios del Código Civil que hacen alusión a la responsabilidad civil extracontractual, lo que significa que es el legislador en la regulación de las consecuencias del actuar de los particulares el que ha determinado el antecedente de la noción de responsabilidad por falla con fundamento en criterios de responsabilidad privada, lo que llevó de alguna manera a determinar una fuerte tendencia

38 Es preciso indicar, que no todo daño es indemnizable, pues para serlo se debe haber roto el principio de equilibrio frente a las cargas públicas.

39 C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente 16.894, M.P. Enrique Gil Botero, expresó: *"La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el estado no se encuentra en brindar una protección personalizada a cada individuo que conforma el conglomerado social"*.

40 El artículo 1902 del Código Civil Español dice: *"El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*; este artículo consagra el principio general de derecho que sustenta la responsabilidad tanto pública como privada y que está previsto en el artículo 2341 del Código Civil de Colombia, que expresa: *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio a la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido"*.

de irresponsabilidad del Estado por cuanto no respondía por el actuar de los funcionarios en ejercicio de las competencias o funciones asignadas a su cargo, ni siquiera con criterios de culpa en la elección o en la vigilancia⁴¹; en efecto, había que buscar primero la responsabilidad y la indemnización del perjuicio en quien incurrió en la actuación y luego sí, de manera subsidiaria, en la administración, como se evidenció en las normas dictadas a partir de la Constitución de 1931.

Sin embargo, las nociones de responsabilidad civil asignadas a la actividad administrativa no resistieron una fuerte aplicación a la función de la administración pública, por cuanto los criterios de responsabilidad indirecta que son tradicionales en el derecho privado, como expresión de la obligación de seleccionar adecuadamente a los servidores o vigilar de manera eficiente a los mismos, no fueron de clara aplicación en la actividad de las administraciones públicas españolas, ya que no se presentó distinción entre la persona que produce directamente el daño y la entidad pública, sino que existía unidad entre una y otra y, por tal razón, la actuación se considera atribuida a la persona jurídica pública, en el entendido que la misma sea en ejercicio de actividad administrativa o de servicio público⁴²; y además, porque el artículo 1903 del Código Civil consagró únicamente la responsabilidad del Estado por el hecho ajeno en los casos de actuación de un agente especial⁴³, que no encontró mayor eco en la jurisprudencia española para atribuir responsabilidad administrativa, a pesar de que este artículo 1903, remitía a lo preceptuado en el artículo 1902, que trata de la responsabilidad por el hecho propio⁴⁴.

A pesar de que la noción de falla del servicio no se sustente en la culpa por el hecho ajeno del derecho privado, sí tiene algún antecedente en la misma, como se muestra en la regulación que hicieron el artículo 41 de la Constitución de 1931 y la Ley Municipal de 1935, que consagraron la responsabilidad indirecta de la administración; de todas maneras, es preciso indicar que el antecedente de la misma se debe buscar con mayor fuerza de argumentación en el criterio de actuación irregular de las entidades públicas, pero por el hecho propio, que igualmente consagra la legislación civil española, donde se identifica quien comete el acto y la institución administrativa pública; porque al contrario de lo que indica alguna parte de

41 Por su parte el artículo 1903 del Código Civil de España consagra: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder...”, aquí se contempla tanto la responsabilidad directa como la responsabilidad indirecta, es decir, por el hecho propio y por el hecho del tercero, que el sistema jurídico colombiano prescribe además del artículo 2341, en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

42 MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*, 25ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra España, 2006, pp. 420 y 421, quien da cuenta, que con el predominio de la responsabilidad por culpa del Código Civil, el resultado fue descargar a la administración de toda responsabilidad civil, teniendo en cuenta que los tribunales para los actos ejecutados por los empleados en el desempeño de las funciones propias de su cargo, no cabía suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible.

43 Con PAREJO ALFONSO, LUCIANO y otros. *Manual de Derecho Administrativo*, volumen I, 5ª edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1998, p.684, quien lo evidencia de esta manera: “Si la responsabilidad extracontractual civil descansa sobre la culpa como criterio de ilicitud del daño o perjuicio y en la excepcionalidad de la imputación de la misma por hecho de tercero (por culpa in vigilando o in eligendo), la evolución que conduce a la responsabilidad administrativa perfila ésta justamente sobre las características opuestas: la responsabilidad de la Administración pública por daños o perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos de su titularidad es directa (se atribuyen siempre a la propia organización administrativa titular del servicio las consecuencias de los hechos de sus agentes) y objetiva no requiere el concurso de culpa”.

44 MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas: un balance y tres reflexiones*, En: RAP, número 150, septiembre — diciembre de 1999, p.330, quien da cuenta que el agente especial era un extraño personaje que nadie conocía, lo que nos permite afirmar, que la atribución de responsabilidad a la administración con su actuar fue muy escasa. Tomado de MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública —hacia un nuevo sistema—*, Editorial Civitas, Madrid España, 2000, p.37



la doctrina española⁴⁵, no se puede desconocer el antecedente de la regulación civil en la verificación de responsabilidad del Estado por actuaciones irregulares de la administración.

De todas formas, la responsabilidad por falla en el Derecho Español, además de tener antecedentes en la regulación civil, se fundamenta en los criterios clásicos de responsabilidad franceses de la falla del servicio, es decir, en que el servicio funcionó defectuosamente, no funcionó o lo hizo en forma tardía, todo enmarcado en la actuación irregular de la administración, así se derive de una falla o falta del servicio personal del agente, porque en este sistema jurídico, a diferencia de los franceses, no se concibe de la misma manera la distinción entre falta o falla personal de falta o falla del servicio, pues en uno y otro evento debe responder la administración teniendo en cuenta que se está en cumplimiento de función administrativa y el servidor y el ente público conforman unidad⁴⁶.

No se puede desconocer entonces que en el sistema jurídico ibérico la falla del servicio es un título de imputación que se identifica con la noción de irregularidad en la actuación administrativa y que en algunos eventos se puede enmarcar dentro de la ilegalidad de la función de las entidades del Estado, cuando con los hechos o las omisiones administrativas se viola el principio de legalidad que debe asistir a toda la actividad de las entidades públicas inmersas en el Estado de Derecho o Social de Derecho⁴⁷.

5 Conclusiones

La responsabilidad del Estado se ha manejado entre los dos títulos de imputación de responsabilidad tradicionales, como son la objetiva o sin falla y la subjetiva o por falla; siendo esta última la de mayor tradición en el sistema jurídico colombiano, porque es la actuación irregular de la administración la que en la mayoría de los casos genera perjuicios indemnizables a los particulares.

La responsabilidad por falla del servicio tiene su origen en el Derecho Administrativo Francés, con algunas decisiones del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado, lo que ha determinado que sea de clara preponderancia jurisprudencial, lo que significa que han sido las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa la que le imprimen identidad.

En el derecho colombiano, la responsabilidad por falla no se ha alejado de la concepción francesa, al identificar la misma que la administración actuó mal, tardíamente o no actuó, pero que con las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa se han ido afianzado los criterios de irregularidad o anormalidad en la actuación como fuente de responsabilidad administrativa por falla del servicio, ante las limitaciones que presenta la teoría clásica francesa.

La falla del servicio no se concreta únicamente con el criterio de falla probada, sino que existen otras modalidades como la falla presunta, la anónima o la relativa, donde cada una de

45 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública —hacia un nuevo sistema—*, obra citada, p.37.

46 Con PAREJO ALFONSO, LUCIANO y otros. *Manual de Derecho Administrativo*, volumen I, obra citada, p.684.

47 PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo parte General*, décimo quinta edición, Madrid España, Marial Pons, 2004, p.637. Muestra como la doctrina y la jurisprudencia española ha ido al límite en asuntos de responsabilidad administrativa, al no exigir de la administración la obligación de indemnizar en los casos de falta personal o del servicio, teniendo en cuenta que el funcionario se encuentra integrado a la organización administrativa y actúa desempeñando las funciones que en ella tiene encomendadas; trayendo a colación las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1977, 25 de febrero y 11 de junio de 1981 y 23 de septiembre de 1982.

ellas mantiene su identidad y sus características propias. En efecto, la doctrina en la mayoría de los casos identifica la falla con la prueba de la misma, lo cual es un error, porque en los casos de la falla presunta lo que identifica es la presunción de existencia.

En el derecho español, al contrario de lo que ocurre en Colombia, la falla del servicio no es el título de imputación de mayor tradición, ya que es la responsabilidad objetiva la que tiene una regulación y desarrollo de significativa amplitud, lo que ha llevado a que alguna parte de la doctrina diga que en este sistema jurídico lo que existe es una obligación general de responsabilidad, lo cual a nuestro parecer no es cierto porque como se analizó anteriormente, la falla del servicio no es desconocida en este ordenamiento, frente al funcionamiento anormal de los servicios públicos.

6 Bibliografía

DEPUIS, Georges y otros. *Droit Administratif*, novena edición, Paris, Francia, Armand Colin, 2004,

FOILLARD, Philippe. *Droit Administratif*, Orleans, Paradigme Publications Universitaires, 2004.

FORSTHOFF, Ernest. Tratado de Derecho administrativo, Instituto de estudios políticos, Madrid 1958.

GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, cuarta edición, Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2010.

HENAO, Juan Carlos. El daño, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998.

LE TOURNAU, Philippe. La responsabilidad civil, Editorial Legis, Bogotá 2004.

LONG, Marceau. *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000

LOPEZ MORALES, Jairo. *La responsabilidad Patrimonial del Estado*, tomo I Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 1997.

LOPEZ MORALES, Jairo. *La responsabilidad del Estado por error judicial* Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 1996.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*, 25ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra España, 2006.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas: un balance y tres reflexiones*, En: RAP, número 150, septiembre — diciembre de 1999.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública —hacia un nuevos sistema-*, Editorial Civitas, Madrid España, 2000.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho administrativo*, traducción de Zoraida Rincón Ardila y Juan Carlos Peláez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010.



- PAILLET, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo parte General*, decimo quinta edición, Madrid España, Marial Pons, 2004.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO y otros. *Manual de Derecho Administrativo*, volumen I, 5ª edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tiran lo Blanch, Valencia 2008.
- RUIZ OJEDA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, Bogotá, Colombia, Ecoe Ediciones, 2010.
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, tercera reimpresión, Bogotá Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

El delito de malversación en la Administración pública

MARÍA LOURDES SOTO RODRÍGUEZ
Abogada. Fiscal sustituta de Pontevedra

Resumen: *El delito de malversación de caudales públicos se caracteriza por un quebrantamiento del vínculo de confianza existente entre el autor del delito y la cosa confiada. En dicho delito el sujeto activo debe ostentar la calidad de funcionario y es necesario que los caudales o efectos públicos estén a su cargo o a su disposición y que, con ánimo de lucro, se hayan apropiado de ellos, o permitido que un tercero los sustraiga y siempre con voluntad de no restituirlos.*

Palabras clave: *Funcionario, autoridad, efectos o caudales públicos, custodia, confianza, sustraer, distraer, desviar.*

Abstract: *The crime of embezzlement of public flows is characterized by a breaking of the link of existing confidence between the author of the crime and the trusting thing. In the above mentioned crime the active subject must show the civil servant's quality and it is necessary that the flows or public effects are to his post or to his disposition and, that, with spirit of profit, have appropriated of them, or allowed that a third party should remove them and always with will not to return them.*

Key words: *Officer, authority, purpose or public funds, custody, trust, subtract, distract, divert.*

Índice: *1. Malversación de caudales públicos. 1.1. Historia. 1.2. Concepto. 1.3. Regulación legal. 1.3.1. Malversación de caudales públicos. 1.3.2. Supuestos agravados. 1.3.2.a) Especial gravedad. 1.3.2.b) Afectación a servicios públicos. 1.3.2.c) De valor histórico. 1.3.2.d) A aliviar calamidades públicas. 1.3.3. Supuestos atenuados. 2. Destino a usos ajenos de los caudales públicos. 3. Malversación por aplicación privada de los bienes públicos. 4. Malversación impropia. 5. Conclusiones.*

1 Malversación de caudales públicos

1.1 Historia

El delito de malversación aparece ya en el Derecho romano, denominándose «peculatus», figura que comprendía la sustracción de cosas muebles pertenecientes al Estado. La regulación más completa de este delito se alcanza en una ley de Julio César llamada «De Peculato», en la que se recogieron las diversas modalidades del mismo que habían ido surgiendo con el paso del tiempo, contraponiéndose al peculado propiamente dicho —es decir, la sustracción de los caudales del erario por las personas encargadas de su manejo— el denominado «crimen de résiduis », forma impropia de peculado, que castigaban al que retenía el dinero público para usos distintos de los que en cada caso le eran propios.

Las dos modalidades del peculado fueron recogidas por nuestra legislación de Partidas (Partida VII, Título XIV, Ley 14) y posteriormente por la Novísima Recopilación (Libro XII, Título XV, Ley 7). El Código Penal de 1822 redujo por primera vez la penalidad de la figura más grave de la malversación de caudales públicos a privación de libertad, si bien se aplicaron conjuntamente las de multa y declaración de infamia, imponiendo además la restitución de lo malversado (arts. 464 y 465). El Código Penal de 1848 reguló ya estos delitos en forma parecida a los demás Códigos que le siguieron, siendo el Código Penal de 1870 el que definió el contexto que actualmente presenta el Capítulo X del Título VII.

1.2 Concepto

Infracción penal que consiste en sustraer, o consentir la sustracción, o dar un uso distinto a su destino público, caudales o efectos públicos que la autoridad o funcionario público tenga encomendados por razón de su cargo. También pueden cometer esta infracción los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, y los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. En el código penal español se trata en el Capítulo VII del Título XIX de los delitos contra la administración pública. Con este tipo de delitos se trata de evitar cualquier ataque no solamente al patrimonio público sino sobre todo se protege el correcto funcionamiento de esa actividad patrimonial y, desde luego, la propia fidelidad de los funcionarios públicos que son los realmente encargados de velar por ello.

El delito de malversación de caudales públicos presenta un doble aspecto: de un lado, un quebrantamiento del deber de integridad del funcionario público para con el Estado, en el tema relativo a la custodia y gestión de los caudales públicos. Y, de otro lado, un perjuicio o lesión a los intereses patrimoniales del «Estado, la provincia, el municipio y, en general, de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa». El título VII de la Constitución protege los intereses económicos estatales y reprime tanto la de actos de perturbación a la Hacienda Pública por los particulares como la lesión de esos intereses económicos por sus mismos funcionarios¹.

1 MESTRE DELGADO, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Colex 2011, pág. 652.



1.3 Regulación legal

1.3.1 Malversación de caudales públicos

El delito de malversación de caudales públicos se haya comprendido en el Título XIX —«De los delitos contra la Administración Pública»—, y se caracteriza por el quebrantamiento del deber de fidelidad e integridad del funcionario público para con el Estado, mientras que específicamente se caracteriza, diferenciándose así de los demás delitos incluidos en los restantes Capítulos del mencionado Título, en que aquel quebrantamiento de los deberes afectantes al funcionario público se traducen en una lesión o perjuicio para los intereses patrimoniales del Estado.

El artículo 432.1 del Código Penal vigente castiga a “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones”.

Son elementos necesarios para que dicho delito se lleve a cabo los siguientes:

- a) **Sustracción**²: sustraer es quitar los caudales apartándolos de su destino o desviándolos para hacerlos propios. El verbo típico es «sustraer», el cual ha merecido diversas traducciones jurisprudenciales, coincidentes en esencia, si bien la más comúnmente aceptada sea la de apropiación definitiva de los caudales o efectos públicos de que se trate (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1965, R. 3.622; 15 de enero de 1974, R. 207; y 29 de septiembre de 1978, R. 2.947).

Con relación a esta modalidad delictiva, y a la luz de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, deben tenerse presentes las siguientes consideraciones:

- 1º Que el delito es eminentemente intencional, pero es, por el contrario, irrelevante el móvil que pudiera inspirarle (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, R. 1.653).
- 2º Que es indiferente la trayectoria posterior que siguen las cosas malversadas (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, más arriba mencionada).

Así, el reintegro posterior de los caudales o efectos públicos sustraídos no hace desaparecer ni atenúa el delito de malversación cometida, influyendo únicamente sobre la responsabilidad civil (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003, 19 de mayo de 2004, 11 marzo de 2009 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de julio de 2009) y que es, asimismo, irrelevante el medio a través del cual se lleve a cabo la sustracción.

2 ZABALEGUI, MUÑOZ, “La malversación de caudales públicos” en Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1994. Asimismo, Sentencia 18 febrero 2003. Debe entenderse el sustraer en un sentido amplio, es decir, separar, extraer, quitar, despojar los caudales apartándolos de su destino o de las necesidades del servicio público pero para hacerlos propios.

Otras traducciones son las siguientes: «retener» (STS de 22 de julio de 1938 (R. 108 y 6 de mayo de 1944 R. 630); «separar», «extraer», «quitar» o «despojar» (STS de 22 de julio de 1939, ya citada, y de 10 de abril de 1973, R. 1.653); «apoderarse» (STS de 7 de febrero de 1962); «hacerlos suyos» (STS del 5 de enero de 1974, R. 207) y «apartar de su destino», «desviar del servicio» (STS de 9 de diciembre de 1978; R. 738).

En la doctrina MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 966-973. En el mismo sentido Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1928.



- b) **De caudales públicos**³: caudal es todo aquello que resulte y se pueda evaluar económicamente.

Efectos públicos son todos aquellos efectos que pertenecen a la Administración. Son por tanto bienes de cualquier clase, y habiendo precisado la doctrina legal de nuestro más Alto Tribunal que, por «caudales» debe entenderse cualesquiera clase de bienes susceptibles de embargo y representativos de algún valor (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1890, 17 de mayo de 1909, 6 de junio de 1962 y 28 de abril de 1966, y más recientemente la de 5 febrero de 2008).

Por lo que respecta al carácter público de tales caudales o efectos se determina por la especial naturaleza pública del titular del patrimonio del que aquéllos forman parte.

- c) **Ánimo de lucro**⁴: es decir, incorporación de los bienes de la Administración al patrimonio propio o de un tercero. No es necesario que se produzca un enriquecimiento en el patrimonio del funcionario sino que es suficiente con que el funcionario haya querido tener los objetos.
- d) **Dolo**: a sabiendas, conocedor de su deber de custodia de dichos efectos públicos y la ilicitud de la acción de sustraer, de desviar. Es totalmente indiferente que la sustracción de caudales o efectos públicos produzca o no daño o entorpecimiento a la causa pública, pues el tipo no contempla normativamente tal circunstancia (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1974).
- e) **Consumación**: en el momento en que pasan a disposición del autor o un tercero los caudales públicos. ¿Qué ocurre si la realización de tal conducta es hecha por un tercero que es ajeno a la función pública pero que participa en la ejecución de los hechos de acuerdo con la autoridad o funcionario? Pues que dicha sustracción la estaría cometiendo pero en calidad de inductor o cooperador necesario⁵. La tentativa también tiene cabida, y se produce cuando se detecta la sustracción antes de que el sujeto pueda disponer de los caudales públicos.

Decir que es irrelevante el medio a través del cual se lleve a cabo la sustracción (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1896 y 10 de abril de 1963). A este respecto señala Rodríguez Devesa que «puede ocurrir que el funcionario tenga la llave, de manera que no necesite emplear fuerza; que los acabe de retirar de un Banco, v. gr. para pagar una nómina, que los tenga físicamente en sus manos o a su alcance y sean precisas manipulaciones en documentos para desviar los caudales de su camino a las arcas del Estado, que tenga que acudir a la fuerza para violentar la caja en que

-
- 3 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1973 (R. 1.629) declaró que debe entenderse por fondos públicos «los del Estado y de los entes públicos, los de la Administración institucional, entidades públicas autónomas y los de cualquier persona cuyo patrimonio o funcionamiento venga fiscalizado públicamente en razón de la finalidad general que cumpla y la naturaleza de los bienes de que se nutra». Sentencia del Tribunal Supremo de 22 abril de 1996. Debe interpretarse el concepto de caudales públicos igualmente en un sentido amplio; por citar un ejemplo, un caudal público sería el tabaco decomisado, y una conducta delictiva sería el funcionario que habiendo aprehendido un alijo de tabaco de contrabando se queda con parte del mismo. Eso es caudal público desde que el tabaco es aprehendido. Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 febrero de 2008 declaró que caudales públicos son todos los que han llegado al poder del funcionario en ocasión de las funciones que, concreta u efectivamente, tengan a su cargo.
- 4 CASTRO MORENO, "La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios", en AP, 2001; "La malversación de caudales públicos en el Código penal de 1995", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, págs. 248 y ss. Y así lo viene a manifestar no considerando necesario un enriquecimiento personal.
- 5 Sentencia TS 9 enero 2006. La mayor parte de la jurisprudencia opina que la pena que debe imponerse a un tercero, un particular, debe ser menos grave que la que debe imponerse a un funcionario.

se encuentran, o al engaño simulando firmas en un cheque para extraerlos. Lo que, en definitiva, importa es el resultado del desplazamiento patrimonial».

1.3.2 Supuestos agravados (art. 432.2 del Código Penal)

- 1.3.2.a) Especial gravedad: se ha de tener en cuenta el valor que tengan dichas cantidades sustraídas, y que tenga un valor elevado.
- 1.3.2.b) Daño o entorpecimiento al servicio público⁶. El daño ha de ser directo, es decir, derivado directamente del hecho en sí, de la aplicación indebida de los caudales o efectos públicos para usos propios.
- 1.3.3.c) Que afecte a cosas de valor histórico o artístico.
- 1.3.4.d) Que afecte a efectos destinados a aliviar alguna calamidad, es decir, aquellos efectos que sirven para paliar problemas causados por catástrofes naturales, como terremotos, inundaciones, sequías, etc.

1.3.3 Supuestos atenuados (art. 432.3 del Código Penal)

Tiene lugar cuando la sustracción no alcanza la cantidad de 4.000 euros. Si supera dicha cantidad estaríamos ante un delito de número 1 del artículo 432 y si fuera de especial gravedad en el número 2. Si por el contrario se tratase de cantidad que no pudiera determinarse se condenaría por el artículo 432.3 en aplicación del principio pro reo.

2 Destino a usos ajenos de los caudales públicos

Artículo 433 del Código Penal: “Se castiga a la autoridad o funcionario público que destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a cargo por razón de sus funciones”.

Requisitos no exigidos:

- 1. No existe apropiación de los caudales públicos.
- 2. No se exige la producción de ningún resultado: la conducta consiste en destinar dichos efectos públicos a usos ajenos a su función.
- 3. No se exige ánimo de lucro para sí o para un tercero.

Supuesto agravado: “Si el culpable no reintegra el importe de lo sustraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso se le impondrán las penas del artículo anterior”⁷. Decir que la devolución de lo sustraído ha de ser total y no es válido reintegrar una parte del total sustraído.

6 *Dicho concepto debe ser interpretado, el del daño, en un sentido muy estricto sin que quepan interpretaciones extensivas y que puedan abarcar supuestos en los que la producción de daños en el servicio público se entremezclen con múltiples circunstancias y la acción ya no dependa de la voluntad del funcionario, debiendo ser por tanto un daño directo.*

7 Artículos 14 y 775 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El proceso se inicia con la primera actuación del Juez de Instrucción por lo que los diez días siguientes son computables a partir de esa primera actuación del órgano instructor.



3 Malversación por aplicación privada de los bienes públicos

En dicho supuesto existe claramente un uso ajeno a lo que es la función pública pero no hay distracción por la autoridad o funcionario público de los efectos o caudales públicos.

Dispone así el artículo 434 del Código Penal que “la autoridad o funcionario público, que con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública diera una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o entidad estatal, autonómica o local u organismos dependientes de alguna de ellas”.

Requisitos: Son requisitos necesarios para que se produzca dicha conducta delictiva los siguientes:

1. Aplicación privada por la autoridad o funcionario público de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a organismos de la administración pública.
2. Ánimo de lucro propio o ajeno.
3. Perjuicio para la causa pública y ha de ser grave⁸.

4 Malversación impropia (art. 435 del Código Penal)

En esta modalidad las conductas cometidas por los particulares se castigan con la misma pena que las llevadas por la autoridad o funcionario público. Son extensivas a:

1. Los que tengan a su cargo fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.
2. Los particulares depositarios de caudales o efectos públicos designados por ley.
3. Los Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares⁹.

Requisitos:

1. Existencia de un procedimiento judicial o administrativo.
2. Existencia de un embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica y que haya sido acordada por la autoridad competente.
3. Entrega de los bienes al depositario.

8 PAVIA CARDELL, J., en “Responsabilidad penal del particular por uso indebido de bienes públicos” (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-10-1996 en el caso guerra por la utilización de un despacho), AP, 1997-1, XXV, 1997, págs 461-477. Una gran parte de la doctrina opina que no se comete delito cuando la autoridad o funcionario usa su despacho oficial para preparar opositores. Esto no constituye delito pero sin embargo puede ser susceptible de ser reprochable administrativamente. GARCIA VALDÉS, Derecho Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

9 ROCA AGAPITO, en “Los delitos de malversación de caudales públicos”, Barcelona, 1999, pág. 211 y ss., opina que puede nombrarse como depositario de inmuebles embargados al propio dueño de los mismos. El depositario no puede cambiar los bienes por otros aunque sean exactamente iguales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 diciembre de 2007 y de 29 de diciembre de 2009 señalan que este delito está construido sobre dos ficciones: la de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario públicos y la de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares.

4. Aceptación del depositario de sus deberes y que previamente haya sido informado de las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones.
5. Realización de actos de disposición por parte del depositario de los arts. 432 -434 del Código Penal.
6. No es necesario ánimo de lucro¹⁰.
7. No es necesario que se ocasione perjuicio.
8. Aceptación del depositario de su función¹¹. El depositario ha de aceptar su función aceptando la designación. Se le debe informar en qué consisten sus funciones y la falta de esa información puede llevar a que no se le puedan exigir responsabilidades.

No existe, en ningún caso, modalidad leve de estos delitos, que se sancione como falta en el Libro III del Código Penal.

5 Conclusiones

La experiencia demuestra que muchas de las causas de la corrupción en los países industrializados y en vías de desarrollo deben buscarse en los errores institucionales de la administración pública. En efecto, si se pretende impedir que se difunda la corrupción y si se desea combatirla eficazmente, es preciso impulsar una reforma básica de la administración pública, eliminando las fallas institucionales que conducen a la corrupción reformando el sector público y la Administración Pública para así aminorar el gran número de requisitos innecesarios que se exigen, eliminando así las burocracias y logrando una simplificación de los trámites.

Pese al volumen de figuras delictivas que se contienen en el Título XX del Libro II del Código Penal y la aparente necesidad de su regulación para combatir la corrupción de la actividad administrativa, las estadísticas judiciales demuestran que estos delitos son de muy escasa práctica. Así, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010 refleja como cifra global la cantidad de 4.054.306 diligencias previas de las cuales tan sólo son de delitos de malversación de caudales públicos la cantidad de 145.

Bibliografía

CASTRO MORENO, "La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios, en AP, 2001; la malversación de caudales públicos en el código penal de 1995 ", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

GARCIA VALDÉS, Derecho Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio ("caso Marey") y 17 diciembre de 1998, que afirman que el requisito de ánimo de lucro comprende, en sentido amplio, la intención del sujeto de obtener "cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero".

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 enero 1986. El depositario se equipara al funcionario público y los bienes embargados a los caudales públicos. Se hace necesaria la aceptación de la condición de funcionario, pues un eventual incumplimiento de algunos de sus deberes conlleva responsabilidad penal.

MESTRE DELGADO, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Colex, 2011.

MIR PUIG, Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PAVIA CARDELL, "Responsabilidad penal del particular por uso indebido de bienes públicos" (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-10-1996 en el caso guerra por la utilización de un despacho), AP, 1997-1, XXV, 1997.

ROCA AGAPITO, Los delitos de malversación de caudales públicos, Barcelona, 1999.

SUAREZ MONTES, "El delito de Malversación de caudales públicos" en RGLJ, 1966.

ZABALEGUI, MUÑOZ, "La malversación de caudales públicos" en Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1994.



Regap

Comentarios y crónicas

2

Mejora institucional y cooperación europea: Crónica del segundo período de sesiones del año 2011 en el Parlamento de Galicia

43
Regap

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ
Ltrado Mayor del Parlamento de Galicia

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Índice: I. *Introducción.* II. *Composición de la cámara. Bajas y altas de diputados.* III. *Reuniones de los órganos de la cámara. Calendario de actividades.* IV. *Procedimientos de naturaleza normativa.* V. *Procedimientos de control, impulso e información.* VI. *Declaraciones institucionales.* VII. *Procedimientos de control económico y presupuestario.* VIII. *Procedimientos relativos a otras instituciones y órganos.* IX. *Procedimientos de designación y propuestas de nombramiento.* X. *Solicitud de creación de comisiones no permanentes.* XI. *Solicitud de creación de comisiones de investigación.*

*“No es el ingenio sutil el que forma las naciones:
más bien son los caracteres austeros y firmes”*

(Massimo Taparelli)

I Introducción

La actividad parlamentaria de este período de sesiones se vió complementada con la importante presencia exterior de la Cámara gallega en el foro comunitario del que forma parte: la CALRE¹. Integrada por los parlamentos de 74 regiones europeas con competencias legislativas, de la CALRE forman parte los órganos legislativos de las comunidades autónomas

¹ Para un tratamiento pormenorizado de la cuestión puede consultarse mi trabajo: “Acción exterior autonómica y Parlamentos territoriales: recapitulación a la luz de la STC 31/2010, de 28 de junio”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*. Universidade de Vigo. 2009-2010.



españolas, consejos regionales italianos, asambleas de regiones y comunidades belgas, los parlamentos de los länder alemanes y austríacos, el parlamento autónomo de Åland (Finlandia), las asambleas regionales de las islas Azores y Madeira (Portugal) y las de Escocia, Gales e Irlanda del Norte (Reino Unido). Son, en suma, órganos de ocho países diferentes y representan a más de 200 millones de habitantes.

El Parlamento de Galicia coordina y preside un grupo de trabajo sobre “Modelos Institucionales Regionales” en el seno de la Conferencia de Asambleas Legislativas de Europa (CALRE), entidad integrada por los parlamentos de 74 regiones europeas con competencias legislativas.

La presidenta del Parlamento de Galicia, Pilar Rojo Noguera, asumió el encargo de las cámaras legislativas regionales europeas “con la satisfacción de que el modelo de desarrollo autonómico de Galicia inspira confianza en Europa y con la esperanza de fortalecer el apoyo de los ciudadanos a los modelos de autogobierno”.

La presidencia de este grupo de trabajo de la CALRE es la primera experiencia de este tipo que acomete el Parlamento de Galicia en sus treinta años de historia. Como primera medida, Pilar Rojo asumió la puesta en marcha del proyecto denominado “Hermanamiento de una región”, impulsado por la CALRE en colaboración con el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa. Con este proyecto, la CALRE pretende trasladar la experiencia de los países europeos más descentralizados a regiones pertenecientes a países europeos con estados centralizados.

En la última reunión del Plenario de la CALRE, celebrado en L’Aquila (Italia) el pasado mes de noviembre, la presidenta del Parlamento de Galicia, Pilar Rojo, logró la aprobación de una declaración reclamando el mantenimiento de ayudas europeas transitorias para las regiones que, como Galicia, superen por primera vez el 75% del PIB medio comunitario.

Esta iniciativa se enmarca en la estrategia que está desarrollando Galicia para que la Comunidad pueda mantener fondos de transición más allá de 2013, cuando deje de ser considerada región objetivo convergencia.

II Composición de la cámara. Bajas y altas de diputados

Como también sucedió en el primer período, es destacable el número de renuncias a su condición de diputado en el segundo período ordinario de sesiones, con la consiguiente sustitución por los diputados candidatos siguientes en las listas. Estos fueron:

Nombre de la/del diputada/o que causó la BAJA:	Nombre de la/del diputada/o que causó el ALTA:	Fecha (2011)	Partido	Circunscripción electoral
José Tomé Roca	D. Miguel Ángel Fernández López	septiembre	PSOE	Lugo
Anxo Manuel Quintana González	D. Carlos Fernando Branco Parga	septiembre	BNG	A Coruña
Pablo Cobian Fernández de la Puente	D.ª María Teresa Villaverde Pais	octubre	PP	A Coruña
Fernando Xabier Blanco Álvarez	D. Manuel Parga Núñez	octubre	BNG	Lugo
Javier Escribano Rodríguez	D.ª Gema Freire Insua	octubre	PP	A Coruña
Ricardo J. Varela Sánchez	D.ª María Dolores Rodríguez Amoroso	noviembre	PSOE	Lugo
Guillermo A. Meijón Couselo	Luis Antonio Gómez Piña	noviembre	PSOE	Pontevedra

Entre los diputados que causaron baja en este segundo período, se encontraban dos meim-bros pertenecientes a la Mesa de la Cámara², D. Anxo Manuel Quintana González (vice-secretario) y D. Ricardo Varela Sánchez (vicepresidente 2º). Luego, la composición de la Mesa, finalizado el año 2011, es la siguiente:

Presidenta:	Pilar Rojo Noguera	PP
Vicepresidente 1º:	José Manuel Baltar Blanco	PP
Vicepresidente 2º:	Francisco Julio Cerviño González	PSdeG
Secretario:	José Manuel Balseiro Orol	PP
Vicesecretaria:	María do Carme Adán Villamarín	BNG

Los cambios en el órgano rector de la Cámara son, como apuntó Vazquez Gestal³, de suma relevancia en el funcionamiento institucional de los poderes autonómicos.

III Reuniones de los órganos de la cámara. Calendario de actividades

La ordenación del trabajo parlamentario y el calendario de actividades para este período se aprobó en la Mesa-Xunta de Portavoces de 6 de septiembre de 2011 (artículo 67 del Reglamento del Parlamento de Galicia).

El resumen estadístico de este período es el siguiente:

Órgano		Núm. reuniones
Mesa		27
Xunta de portavoces		12
Presidentes/as de comisión		4
Pleno		13
Diputación permanente		1
Comisiones	Comisión 1.ª, Institucional, de Administración general, Justicia e Interior	10
	Comisión 2.ª, Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente y Servicios	9
	Comisión 3.ª, Economía, Hacienda y Presupuestos	30
	Comisión 4.ª, Educación y Cultura	8
	Comisión 5.ª, Sanidad, Política Social y Empleo	14
	Comisión 6.ª, Industria, Energía, Comercio y Turismo	8
	Comisión 7.ª, Agricultura, Alimentación, Ganadería y Montes	8
	Comisión 8.ª, Pesca y Marisqueo	8
	Comisión del Reglamento	
	Comisión del Estatuto de los Diputados	2
	Comisión de Peticiones	
	Comisión de Control de la CRTVG	4
	Comisión para las relaciones con el Consello de Contas	2
	Comisión de Asuntos Europeos	1
	Comisión de estudio sobre la seguridad viaria en Galicia	5
Comisión no permanente de estudio para la elaboración de un plan de dinamización demográfica de Galicia	4	

2 El procedimiento para esta designación lo expliqué en: "Reflexións sobre a regulación da sesión constitutiva do Parlamento de Galicia". Revista "Dereito". Volume 5, n.º 2, 1996.

3 En el apartado Bibliografía de la Revista Dereito Vol. 14 n.º 1, páginas 231 a 254.



IV Procedimientos de naturaleza normativa

El marco constitucional y estatutario delimita los ámbitos legislativos de actuación, que como señaló José Antonio Rodríguez Míguez⁴ han sido matizados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De este modo durante el segundo período ordinario se **presentaron 8 proyectos de ley**:

1. Proyecto de ley por el que se modifica la Ley 5/1988, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia.
2. Proyecto de ley de acción voluntaria.
3. Proyecto de ley reguladora de la política industrial de Galicia.
4. Proyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2012.
5. Proyecto de ley de medidas fiscales y administrativas.
6. Proyecto de ley del deporte de Galicia.
7. Proyecto de ley gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias.
8. Proyecto de ley de bibliotecas de Galicia.

Se aprobaron 9 proyectos de ley, que ya convertidos en leyes, son las siguientes.

1. Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.
2. Ley 6/2011, de 13 de octubre, de movilidad de tierras.
3. Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia.
4. Ley 8/2011, de 9 de noviembre, del Plan gallego de estadística 2012-2016
5. Ley 10/2011, de 28 de noviembre, de acción voluntaria.
6. Ley 11/2011, de 26 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2012.
7. Ley 12/2011, de 26 de diciembre, de medias fiscales y administrativas.
8. Ley 13/2011, de 16 de diciembre, reguladora de la política industrial de Galicia.
9. Ley 14/2011, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 5/1988, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia.

Los 4 proyectos de ley que se encuentran **en trámite** a diciembre de 2011 son:

1. Proyecto de ley del área metropolitana de Vigo.

4 José Antonio Rodríguez Míguez "El Estatuto de Galicia, 20 años de Parlamento y Justicia Constitucionales", de José Antonio Sarmiento Méndez. Revista Asamblea, n.º 9-2003, páginas 397 a 404.

2. Proyecto de Ley del deporte de Galicia.
3. Proyecto de Ley gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias
4. Proyecto de Ley de bibliotecas de Galicia.

Se presentó en este segundo período una proposición de ley:

1. Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario Bloque Nacionalista Galego, para la restitución del carácter público de titularidad de la Xunta de Galicia del servicio de transporte marítimo de personas en la ría de Vigo.

Y se **aprobó una proposición de ley**, convertida también ya en la siguiente ley:

1. Ley 9/2011, de 9 de noviembre, de los medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia⁵.

También una fue **rechazada**, la Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario Bloque Nacionalista Galego, para la restitución del carácter público de titularidad de la Xunta de Galicia del servicio de transporte marítimo de personas en la ría de Vigo.

Fue **rechazada** también, en el Pleno del día 13 de septiembre de 2011, la proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario de los Socialistas de Galicia, de reforma del Estatuto de autonomía de Galicia.

Se presentaron 2 proposiciones de ley de iniciativa legislativa popular:

1. Proposición de ley de iniciativa legislativa popular para la defensa y la promoción de la sanidad pública en Galicia (en trámite).
2. Proposición de ley de iniciativa legislativa popular para la confluencia del programa Preescolar na Casa y la enseñanza pública gallega (en trámite).

Junto con estas dos, son tres las proposiciones de ley de iniciativa legislativa que se encuentran en trámite, contando la proveniente de la anterior legislatura:

3. Proposición de ley de iniciativa legislativa popular para la creación y regulación del Área Metropolitana de Vigo (en trámite).

Delegación legislativa.

Destacable es también el acuerdo de la Mesa del Parlamento, de 10 de octubre de 2011, relativo al uso hecho por la Xunta de Galicia de la delegación legislativa respecto al Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado (Decreto legislativo 1/2011, de 28 de julio). Transcurrido el pertinente plazo para la formulación de objeciones, la Mesa acordó que la Xunta hizo un uso correcto de la delegación legislativa. (BOPG núm. 557, de 11 de octubre de 2011).

⁵ Vid. mi trabajo: "Una aproximación a los medios de comunicación desde la perspectiva autonómica: su dimensión jurídico-constitucional". *Parlamento y comunicación (nuevos retos)*. XI Jornadas de la Asociación española de Letrados de Parlamentos. Tecnos. 2005.



CONVENIOS Y ACUERDOS DE COOPERACIÓN CON OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A los 8 convenios comunicados por el ejecutivo en el primer período, hay que sumar en este período otro más, el convenio de colaboración entre comunidades autónomas para el impulso de actuaciones conjuntas para mejorar la oferta de transporte público a través de la incorporación de sistemas tecnológicos.

EXAMEN DE PROGRAMAS Y PLANES

La Mesa del Parlamento, en la reunión del 21 de diciembre de 2011, admitió a trámite y trasladó a la Mesa de la Comisión 5ª, de Sanidad, Política Social y Empleo el Plan gallego para el fomento de la actividad física, Galicia saludable. La Comisión 5ª aprobó las correspondientes propuestas de resolución en su sesión de 27 de diciembre de 2011.

V Procedimientos de control e impulso e información⁶

Durante el segundo período del año 2011 se presentaron 284 **proposiciones no de ley en pleno**; fueron rechazadas 25, aprobadas con modificación 10, aprobadas sin modificaciones 3 y ninguna retirada.

En **Comisión** se presentaron 397 **proposiciones no de ley**, de las que 70 fueron rechazadas, 2 aprobadas con modificaciones y 12 sin modificaciones, y retiradas 4.

En cuanto a las **mociones**, fueron presentadas 28, de las que se rechazaron 24, se aprobaron con modificaciones 2.

El control de los grupos parlamentarios sobre el Ejecutivo a través de **solicitudes de comparecencia, interpelaciones y preguntas**, se refleja en este período de este modo:

Solicitudes de comparecencia en Pleno	Presentadas 117, tramitadas 13
Solicitudes de comparecencia en Comisión	Presentadas 84, tramitadas 14
Interpelaciones	Presentadas 234, tramitadas 24, retiradas 2, aplazadas 1
Preguntas orales en Pleno	Presentadas 634, tramitadas 71, retiradas 35, aprazadas 8
Preguntas orales en Pleno dirigidas al Presidente de la Xunta	Presentadas 16, tramitadas 16
Preguntas orales en comisión	Presentadas 1115, tramitadas 609, aplazadas 61, retiradas 99
Preguntas con respuesta escrita	Presentadas 1790, tramitadas 1527, retiradas 1

VI Declaraciones institucionales

El Pleno del Parlamento, en su sesión del 22 de noviembre de 2011, adoptó, por asentimiento, el siguiente acuerdo:

Declaración institucional del Parlamento de Galicia, en recuerdo de las víctimas de accidentes de tráfico:

⁶ Para una comprensión de la interrelación entre estos procedimientos parlamentarios es de interés *Manual de Actuación del Parlamentario*. José Antón Sarmiento (Coordinador). Editorial El Derecho. Grupo Francis Lefevre. Madrid, 2011.

“La celebración del Día Mundial en Recuerdo de las Víctimas en Accidentes de Tráfico, fijada por la ONU para el tercer domingo de noviembre de cada año, lleva al Parlamento de Galicia a sumarse a esta conmemoración.

Recordamos a los afectados por la violencia viaria, les trasladamos nuestra solidaridad a sus familias y manifestamos nuestro apoyo a las entidades que trabajan en este ámbito.

Durante la última década se logró una notable reducción en el número de siniestros, heridos y fallecidos en Europa. Galicia, junto con el resto de España, es uno de los territorios con mejores resultados, fruto de una política de seguridad viaria basada en el consenso y en la responsabilidad compartida entre las administraciones públicas y la sociedad civil, con la complicidad de los medios de comunicación.

Con todo, la cifra de 237 fallecidos en accidentes de tráfico en Galicia durante 2010 sigue siendo preocupante, puesto que estos siniestros son evitables. Y el objetivo sigue siendo el de «cero accidentes».

El Parlamento de Galicia anima a los diferentes gobiernos a seguir otorgando prioridad y a buscar el consenso político en materia de seguridad viaria, sin olvidar las medidas de concienciación y de educación en valores cívicos, teniendo en cuenta la preponderancia del factor humano en el origen de la mayor parte de los siniestros viarios”.

VII Procedimientos de control económico y presupuestario

Cuenta general de la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente al ejercicio de 2010 (Toma conocimiento y traslado a la Comisión 3ª - BOPG núm. 579, fasc. 2º, 14-11-11)⁷.

Informe de fiscalización de las cuentas del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia correspondiente al ejercicio económico de 2008 (Informe y propuestas de resolución aprobadas - BOPG núm. 578, 11-11-11).

Informes sobre el estado de ejecución del presupuesto:

Ejecución presupuestaria al segundo trimestre de 2011 (Entrada de la iniciativa - 30-9-11 - Toma conocimiento y traslado a la Comisión 3ª - Mesa 10-10-11)

Modificaciones presupuestarias:

Modificaciones del mes de junio de 2011 (Dación en cuenta - Comisión 3ª, 20-9-11)

Modificaciones del mes de julio de 2011 (Dación en cuenta - Comisión 3ª, 20-9-11)

Modificaciones del mes de agosto de 2011 (Publicación - BOPG 549, fasc. 2º, 29-9-11)

Modificaciones del mes de septiembre de 2011 (Toma conocimiento y traslado a la Comisión 3ª - Mesa 2-11-11)

Modificaciones del mes de octubre de 2011 (Toma conocimiento y traslado a la Comisión 3ª - Mesa 22-11-11)

⁷ Tengo explicado el alcance de la denominada “descarga del Ejecutivo” en *Manual de Derecho Constitucional*. Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións. 2010.

Fijación del límite máximo de gasto no financiero del presupuesto de la Comunidad Autónoma para el año 2012, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 2/2011, de 16 de junio, de disciplina presupuestaria y sustentabilidad financiera (Publicación de la admisión a trámite - BOPG núm. 535, fasc.2º, 9-9-11 - Aprobación - Pleno 13-9-11; BOPG núm. 542, fasc. 2º, 20,9-11).

Este procedimiento viene a insertarse en el trámite general presupuestario descrito en el siguiente gráfico:



El ciclo presupuestario en Galicia

VIII Procedimientos relativos a otras instituciones y órganos

Consello de contas

Memoria de actividades del *Consello de Contas* de Galicia correspondiente al ejercicio 2010 (Memoria presentada - BOPG núm. 530, 1-9-11 - Recomendaciones presentadas - BOPG núm. 549 fasc. 3º, 29-9-11 Recomendaciones aprobadas - BOPG núm. 566, fasc. 3º, 25-10-11

Valedor do pobo⁸

Informe extraordinario del *Valedor do Pobo* sobre Adolescentes e Internet (Publicación del informe - BOPG núm. 575 fasc. 3º, 8-11-11. - Traslado a la Comisión de Peticiones - Mesa 15-11-11)

⁸ El papel del comisionado autonómico en el entramado institucional fue estudiado por mí en: "O valedor do pobo como garante dos dereitos dos cidadáns galegos". *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*. Universidade de Vigo. 2003.



Unión europea

Las **Consultas** remitidas por la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea sobre el **control de la aplicación del principio de subsidiariedad** en las iniciativas legislativas europeas, hasta finales de 2011; fueron 97; y 3 las **Consultas** a la red de seguimiento de subsidiariedad en el **Comité de las Regiones**:

1. Consulta en relación con la comunicación sobre la revisión de la política europea de la calidad del aire, el ambiente y las emisiones - 08/CRRS-0004

Entrada de la consulta - Reg. entrada núm. 673911, 18-11-11

Conocimiento de la Resolución de la Presidencia - Mesa del Parlamento 22-11-11

Cierre del expediente y traslado al Comité de las Regiones - Mesa del Parlamento 7-12-11

2. Consulta en relación con la Propuesta del reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el Instituto Europeo de Tecnología - 08/CRRS-0005

Entrada de la consulta - Reg. entrada núm. 674398, 30-11-11

Conocimiento - Mesa del Parlamento 7-12-11

Cierre del expediente y traslado al Comité de las Regiones - Mesa del Parlamento 21-12-11

3. Nota informativa sobre la consulta específica sobre el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Instrumento de Interconexión para Europa COM(2011) 665 final- 08/CRRS-0006

Entrada de la consulta - Reg. entrada núm.74729, 7-12-11

Conocimiento de la Resolución de la Presidencia - Mesa del Parlamento 13-12-11

IX Procedimientos de designación y propuestas de nombramiento

Estos procedimientos heterogeneos entre sí pero fundamentalmente vinculados por la coherencia de la función representativa de a Cámara como, en su momento, apuntó el letrado Antonio Díaz Otero⁹, deben ser examinados al detalle para determinar el alcance de esta función de la Cámara.

Xunta Electoral de Galicia

Designación de Doña María da Alba Nogueira López para cubrir la vacante por renuncia de Xosé Manuel Carril Vázquez - BOPG núm. 566, fasc. 3º, 25-10-11

Senadores en representación de la Comunidad Autónoma

Acuerdo por el que se fija el número de senadores - BOPG 586, 23-11-11

Aceptación de las candidaturas presentadas - BOPG 588, fasc. 3º, 25-11-11

Designación de José Manuel Romay Becarías, Juan Manuel Jiménez Morán y Pablo García García - Pleno día 29-11-11, DS núm. 114

⁹ En su texto sobre el Manual de Derecho Constitucional publicado junto a Patricia Murias Gil en la Revista Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid n.º 23. Diciembre 2010, páginas 379 a 382.

Elección de miembros del **Consello Social d la Universidade de Santiago de Compostela.**

En el Pleno de 13 de septiembre de 2011, se procedió a la designación de los siguientes miembros:

Don Juan Bautista de la Salle Barreiro Pérez
Don Enrique Feáns García
Don Óscar Fernández Refoxo
Don Raúl López López
Dona Isabel Salazar Bello
Don José Sierra Fernández

Elección de miembros del **Consello Social de la Universidade da Coruña.**

Don Manuel Caamaño Suárez
Don Marcelo Castro-Rial Schuller
Don Juan Carlos González Fernández
Don Alfonso Manuel López Pena
Don Ángel Manuel Teijeiro González
Don José Manuel Vilarinho Anca

Elección de miembros del **Consello Social de la Universidade de Vigo.**

Don José Natalio Blanco Sierra
Don Antonio Coello Bufill
Don Julio Estévez Fernández
Don Xesús López Carreira
Dona Mónica Vázquez Blanco
Dona Natalia Zunzunegui Garrido

Elección de miembros del **Consello de Administración de la Compañía de Radio-Televisión de Galicia.**

Designación de D. Xosé Manuel Mexuto Seoane para cubrir la vacante por renuncia de Manuel Antelo Pazos - Pleno día 27-9-11, DS núm. 101

Designación de Luis de la Matta Cantó para cubrir la vacante por renuncia de Juan Manuel Jiménez Moran - Pleno día 29-11-11; BOPG núm. 596 fasc. 2º, 9-12-11

Designación de representantes del **Consello Galego de Estatística.**

Toma conocimiento de los representantes designados por los grupos parlamentarios - Resolución de la Presidencia del Parlamento 13-12-11

Dación de cuenta de la Resolución de la Presidencia - Mesa 21-12-11

X Solicitud de creación de comisiones no permanentes

Como apuntó en su día el profesor Mosquera Casero¹⁰, la cuestión orgánica resulta de gran relevancia en el Derecho Constitucional y también en el ámbito parlamentario. Por estas

10 En su Recensión a mi Manual de Derecho Constitucional. Revista Corts, Anuario de Derecho Parlamentario n.º 23. 2010, páginas 433 a 435.



razones las solicitudes de creación de Comisiones logran gran importancia tanto política como institucional.

Solicitud de diputados y diputadas pertenecientes al G.P. de los Socialistas de Galicia, de creación de una Comisión especial que proponga las medidas normativas y políticas necesarias para adaptar las corporaciones locales a la actual coyuntura económica y a las nuevas demandas sociales - 08/SCNP-0007

Entrada de la iniciativa - 29-7-11

Retirada de la solicitud -5-9-11

Solicitud de creación, formulada por los 25 diputados y diputadas pertenecientes al G.P. de los Socialistas de Galicia, de una Comisión no permanente para el estudio de la situación de los gallegos residentes fuera de la Comunidad Autónoma - 08/SCNP-0008

Entrada de la iniciativa - 28-9-11

Admisión a trámite - Mesa 4-10-11

Criterio contrario a su creación - Xunta Portavoces 4-10-11

Solicitud, formulada por los grupos parlamentarios de los Socialistas de Galicia y del Bloque Nacionalista Galego, de nueva constitución de la comisión no permanente para el estudio de los problemas y desigualdades sociales de las mujeres, denominada Comisión para la Igualdad y para los Derechos de las Mujeres - 08/SCNP-0009.

Acuerdo de creación - Mesa 24-10-11

XI Solicitud de creación de comisiones de investigación

Solicitud de creación de una Comisión de investigación en relación con las actuaciones de iniciación, tramitación, destino, comprobación y control de las ayudas percibidas desde el año 2006 a 2009 con cargo a las órdenes de los programas de cooperación por parte de asociaciones vinculadas a Uniones Agrarias - 08/SCI-0003.

Publicación - BOPG núm. 449 fasc. 1º, 12-4-11

Solicitud de creación de una Comisión de investigación, a iniciativa del Bloque Nacionalista Galego, sobre la situación de NovaCaixaGalicia Banco - 08/SCI-0004

No admitida a trámite - Mesa 10-10-11.

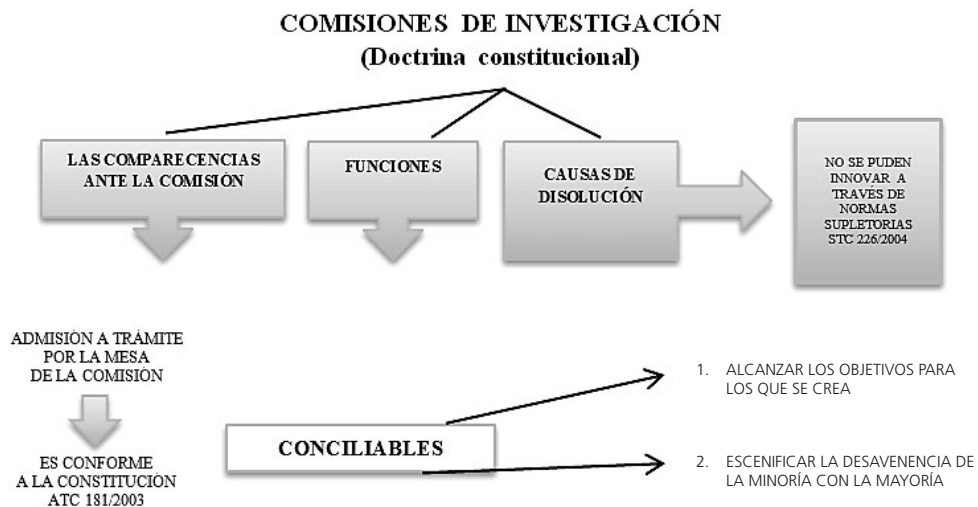
Solicitud de creación de una Comisión de investigación, a iniciativa del G.P. de los Socialistas de Galicia, en el que solicita la constitución de una Comisión de investigación sobre la desaparición de la caja gallega como entidad financiera y el pago de indemnizaciones millonarias a sus directivos - 08/SCI-0005.

Publicación - BOPG núm. 563 fasc. 3º, 19-10-11.

Debate Pleno - Pleno día 25-10-11, DS núm. 105

RECHAZADA - BOPG núm. 570 fasc. 1º, 31-10-11

Resulta de interés traer a colación el marco constitucional de funcionamiento de estos órganos del Parlamento, para el caso de que eventualmente se acuerde su creación. El esquema es el siguiente:



Jurisprudencia contencioso-administrativa

43
Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES
Magistrado

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Contratación

1.- Revisión de precios del contrato de recogida de residuos sólidos urbanos. La mediación de concejales municipales para solucionar el conflicto laboral del personal de la concesionaria no conlleva que el ayuntamiento haya de asumir el coste del incremento salarial que puso fin a la huelga.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 8 de noviembre de 2012** (recurso 4378/2012, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima el recurso promovido por la entidad mercantil concesionaria del servicio municipal de limpieza y recogida de basuras para que se incluyese, en la revisión de precios del contrato, el sobrecoste que le supuso el incremento del salario de sus empleados con el que se puso fin a un conflicto laboral (huelga). Considera el Tribunal que la mera circunstancia de que dos concejales de la Corporación municipal participasen en la mesa de negociación, junto con los inspectores de trabajo y los representantes de empresa y trabajadores, suscribiendo con ellos el "preacuerdo" con el que finalizó la huelga, no significa que el Ayuntamiento haya impuesto la subida de los sueldos ni que por ello se pueda exigir un incremento correlativo en el precio del contrato. Incide, así, la sentencia en que:

«El interés del gobierno municipal en que se solucionase un conflicto laboral que incidía de forma tan negativa en la ciudad, como lo hace toda huelga en el servicio de limpieza y de recogida de basuras, no sólo es explicable sino que parece exigible. Pero no hay elemento alguno de prueba que acredite que su intervención fue más

allá de instar el acuerdo entre empresa y trabajadores y consistió, a fin de facilitar ese acuerdo, en asumir el referido sobrecoste, bien por manifestaciones expresas de alguna persona bien por alguna actuación a la que solamente cupiese atribuir ese significado»

2.- Concesión del servicio de transporte urbano colectivo de viajeros. Déficit de la concesionaria por inversiones en material y terrenos. Equilibrio económico-financiero del contrato. Principio de riesgo y ventura.

La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia —TSJG— (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 22 de noviembre de 2012** (recurso 4442/2012, ponente: Ilmo. Sr. Ramírez Sineiro) confirma en apelación la desestimación de la reclamación de pago, de más de un millón de euros, formulada frente al ayuntamiento de Vigo por la empresa concesionaria del transporte urbano colectivo, por el supuesto déficit que le ocasionaron determinadas inversiones en material móvil, terrenos e instalaciones. Se motiva la sentencia en que por la entidad demandante:

«(...) ni siquiera se ha aportado pericial económico-contable alguna que acredite o al menos indiciariamente referencie con un principio de prueba aquel déficit de explotación e inversiones de contrario alegado, y además que dicho pormenor no sólo resultase imprevisible sino ajeno a los deberes de normal previsibilidad empresarial al suscribir aquel contrato de gestión de aquel servicio público de autos».

También en que:

«(...) "requisito esencial -para la posible aplicación de la cláusula implícita "rebus sic stantibus"-, es el de la imprevisibilidad del acaecimiento que se invoca como causante de la ruptura del equilibrio contractual..., ya que si la oferta y el porcentaje de tarifas especiales lo realizó libremente la Empresa y erró en las apreciaciones que efectuó, a ella exclusivamente es imputable esa circunstancia. Que esa errónea apreciación no es un riesgo imprevisible es obvio. Pero, sobre todo -y esto es lo más importante-, que los ingresos por esa circunstancia sean menores que los esperados no rompe el equilibrio financiero..., tanto más cuanto las tarifas se revisan del modo previsto en el Pliego..., como ya quedó expuesto en su momento».

3.- Licitación de contrato de consultoría y asistencia para la redacción de proyecto básico y de ejecución de pabellón polideportivo. Competencia profesional para poder participar. No se puede reservar exclusivamente a arquitectos.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (5ª 3ª, Secc. 7ª) de 19 de enero de 2012** (Casación unificación doctrina 321/2010, ponente: Excmo. Sr. González Rivas), estima el recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra el acuerdo de la Xunta de Galicia de licitación, mediante procedimiento abierto y forma de adjudicación de concurso público, del "contrato de consultoría y asistencia para la redacción del proyecto técnico básico y de ejecución, el estudio de seguridad y salud y la dirección de obra en calidad de arquitecto, para la construcción de un pabellón polideportivo del Instituto de Educación Secundaria del Ayuntamiento de O Grove (Pontevedra)". Incide el Tribunal Supremo en esta sentencia en que:

«cuando la naturaleza de la obra exige la intervención exclusiva de un determinado técnico, como sucede en el caso de construcción de una vivienda urbana, la compe-



tencia aparece indubitada y reconocida al Arquitecto y, en su caso, al Arquitecto técnico, pero cuando como sucede en este caso, se convoca un concurso de un contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción de un proyecto técnico básico y de ejecución de construcción de un complejo polideportivo en Instituto de Enseñanza Secundaria en que concurren, por su carácter multidisciplinar, diversos factores (estudio de salud y seguridad, dirección de obra y el complejo no está destinado, con exclusividad, a vivienda urbana) no se da una atribución específica competencial, ya que, como hemos subrayado por el análisis de la jurisprudencia precedentemente invocada, la tendencia es no admitir un monopolio profesional en la proyección de todo tipo de construcciones, sino que en estos casos los conocimientos del técnico se corresponden con la naturaleza y clase del proyecto. (...). Se impone así la conclusión de primar el principio de idoneidad al de exclusividad, doctrina que subraya la capacidad técnica de los licitadores y es coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87 y 16 de septiembre de 1999, asunto 27/98) y la jurisprudencia de esta Sala (por todas, STS, 3ª, 4ª, de 26 de diciembre de 2007, cas. 634/2002)».

4.- Contrato de obra pública. La revisión de precios se ha de liquidar en las certificaciones de obra mensuales.

La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia —TSJG— (Sª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 9 de febrero de 2012** (recurso 4177/2011, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa) estima el recurso promovido por la entidad mercantil contratista de la obra de “Ampliación de la estación depuradora de aguas residuales de Bens. Mejora y vertido de A Coruña”, declarando la obligación de la Administración de incluir en las certificaciones de obra mensuales «la revisión de precios y en la base de cálculo de ésta los gastos generales y el beneficio industrial, sobre cuyas cantidades se aplicará el IVA». Considera la sentencia que:

«La certificación de obra es el documento que acredita la cantidad líquida exigible. La certificación es el documento mediante el cual se le abonan al contratista las obras que va realizando mes a mes. Para valorar y abonar las obras (para confeccionar la certificación), todos los meses, la Dirección de obra efectuará la medición de las unidades de obra ejecutadas durante el período de tiempo anterior; a partir de estas mediciones el Director de la obra confecciona un documento denominado relación valorada al origen, en el que se realizan los cálculos necesarios para determinar cuál es el valor de las obras ejecutadas desde su iniciación hasta ese momento y, por tanto, es el que justifica la certificación de la obra; las operaciones que se hacen en la relación valorada son las mismas que se realizaron para confeccionar el presupuesto del proyecto pero partiendo (no de unas mediciones que se deducían de los planos) sino de las mediciones que resultan de la ejecución real de las obras. (...).

El precio líquido de la prestación realizada se obtiene, pues, “multiplicando los precios unitarios establecidos en el presupuesto de la obra por el número de unidades ejecutadas. A la cantidad resultante se añadirá el importe de los conceptos previstos en el artículo 131, párrafo 1, del que, a su vez, se deducirá el porcentaje de la baja de licitación y sobre el que, finalmente, se girará el Impuesto sobre el Valor Añadido”. “El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones

o pagos parciales” - artículo 108 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-.

La Ley establece como regla la obligación de hacer efectivo el importe de las revisiones mediante abono o descuento en las certificaciones o pagos parciales. También ha de rechazarse la alegación de que la Administración puede hacer efectivo el importe de las revisiones en la liquidación del contrato.

5º. Gastos generales y beneficio industrial se cifran en porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (las operaciones que se hacen en la relación valorada parten de las mediciones que resultan de la ejecución real de las obras, en la forma expresada más arriba).

No procede entender que los conceptos discutidos “se mantienen estables durante la vigencia del contrato” (...).».

5.- Administración del Estado. Contratos administrativos especiales. Contratos privados. Resolución de contrato de adquisición de concesión minera. Infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 7^a) de 21 de febrero de 2012** (Casación 306/2009, ponente: Excmo. Sr. González Rivas), anula un Acuerdo de un Consorcio entre distintas Administraciones públicas que dispuso la resolución de los contratos de adquisición de concesiones mineras que había suscrito con varias entidades mercantiles para la creación de la plataforma logística industrial de Salvaterra. Afirma en ella el alto Tribunal que:

«la resolución impugnada vulneró el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución y el de buena fe y confianza legítima previsto en el artículo 3.1 de la LRJAP y PAC).

El artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000 dispone en su apartado 1 que “Los contratos administrativos especiales se adjudicarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en el art. 7.1”, y en su apartado 2, dispone que “En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hará constar: a) Su carácter de contratos administrativos especiales,(...) c) Las prerrogativas de la Administración a que se refiere el art. 59.1.(...) e) Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente, y f) La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos”.

Es decir, se exigen una serie de requisitos formales, que no aparecen cumplidos, por lo que no podría ser de aplicación el artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Pero es que además, aunque el artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000 prevea como causa de resolución el desistimiento (artículo 8.3.b), lo cierto es que estamos ante un contrato de compraventa, de tracto único y perfeccionado, por lo que el Consorcio no desiste en realidad de su celebración, sino que lo rescinde, al cabo de año y medio de su celebración, y ello alegando como causa, el resultado negativo de la compra hecha



en su día, esto es, el alea económica que acompaña como elemento natural a todo contrato de compraventa.

En los supuestos en que se den las circunstancias previstas en el artículo 5.2 antes citado, es posible que pueda impugnarse por terceros un contrato de compraventa, si se entiende que debió seguir la tramitación propia de los contratos administrativos, pero lo que atenta contra los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima antes citados, es precisamente que, perfeccionado entre las partes un contrato de compraventa, sea la parte que ha incumplido las formalidades exigidas por la ley la que ejercite la resolución, pues ello claramente va en contra de lo dispuesto en el artículo 112.2 del Real Decreto Legislativo (Texto Refundido) 2/2000 que dispone que, salvo en el caso de declaración de insolvencia, “en los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma”, precepto que concuerda con lo dispuesto en el artículo 100.3 de la ley 30/1992, que impide alegar vicios formales a quien los ha provocado.

Por otra parte, la Sala comparte los fundamentos alegados por la parte recurrente cuando considera que el desistimiento de la ejecución de un contrato es una prerrogativa que se otorga a la Administración para impedir que la formalización de un contrato, o la continuación de su vigencia si se trata de uno de tracto sucesivo, suponga para ella un perjuicio innecesario, siempre indemnizando a la contratista de los daños y perjuicios sufridos. Pero esta posibilidad no puede aplicarse a los contratos de tracto únicos, perfeccionados, y la prueba de ello es que cuando el TR 2/2000 prevé los efectos de la resolución, no regula el caso del desistimiento, ni tampoco estaban regulados en el contrato, sino precisamente el efecto contrario, esto es, que el incumplimiento del Consorcio no le eximía de abonar el precio convenido y la consiguiente indemnización al contratista, en caso de incumplimiento por el Consorcio de todos los daños y perjuicios causados. Sin embargo, como se desprende del tenor literal de los actos impugnados aquí lo que hace el Consorcio es trasladar la supuesta minusvalía sobrevenida al comprador».

Educación

1.- Decreto 79/2010, de 20 de mayo, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia.

El TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Sec. 1^º), en varias sentencias dictadas los días **21 y 28 de noviembre de 2012** (recursos 591/2010, 447/2010, 569/2010, 588/2010, 589/2010 y 595/2010) estimó en parte los recursos interpuestos por la Real Academia Galega (RAG), la asociación Mesa pola Normalización Lingüística y varios sindicatos contra el “Decreto 79/2010, de 20 de mayo, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia”. Las sentencias rechazan con carácter preliminar los argumentos impugnatorios de carácter formal (atribución competencial de la Secretaría Xeral de Política Lingüística, memoria económico-financiera del reglamento, exposición pública del proyecto, etc). Y sobre el fondo del asunto declaran, en primer lugar, la conformidad a derecho de la distribución de clases en gallego, castellano y lengua extranjera —con un criterio de equilibrio— establecida en el Decreto, considerando que:



«(...) Una vez garantizado que tanto la lengua cooficial autonómica como el castellano sean vehiculares en la enseñanza, sin exclusión de ninguna de ellas, en el sentido de que no sólo han de ser objeto de estudio sino medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo, existen diferentes opciones posibles, de modo que nada se opone a que la lengua cooficial autonómica sea el centro de gravedad del modelo de bilingüismo, pero siempre con el límite de que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente, de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma. (...) no puede reputarse ilegal que se proclame como principio de elaboración del Decreto el de garantizar el máximo equilibrio posible en las horas semanales y en las asignaturas impartidas en las dos lenguas oficiales de Galicia para llegar a adquirir una competencia en igualdad en una y otra. (...) debe admitirse un margen de apreciación al poder público educativo autonómico de modo que si, como en el caso presente, se mueve en unos márgenes de racionalidad y proporción lógicos, a la hora de distribuir horarios y materias que han de impartirse en una y otra lengua, no puede ser considerada contraria a Derecho.(...)».

No obstante, anulan el artículo 5.2 del Decreto, en el que se dispone que: “La lengua materna predominante del alumnado será determinada por el centro educativo de acuerdo con el resultado de una pregunta que se efectuará a los padres, madres, tutores/as o representantes legales del alumno/a antes del comienzo del curso escolar acerca de la lengua materna de su hijo o hija”. Y ello porque:

«(...) no se puede dar pie a que la consulta a los familiares de los alumnos determine, con carácter vinculante, la lengua a emplear en el aula, porque ese aspecto entra dentro de la potestad de ordenación de la enseñanza que corresponde a la Administración educativa en exclusiva. En este sentido, una cosa es que las familias hayan de colaborar para lograr una educación de calidad y otra muy distinta que la Administración educativa pueda abdicar de su potestad de ordenación general de la enseñanza, que le corresponde en exclusiva, haciendo dejación de su responsabilidad a la hora de garantizar que los niños reciban la primera enseñanza en su lengua materna. (...) se consulta a los familiares próximos del alumnado sobre la lengua materna predominante, y el resultado de la encuesta determina, con carácter vinculante, la que ha de usar el profesorado en el aula de la etapa de educación infantil, con lo cual se deja en manos de dichos familiares tal determinación, en contra de aquel deber de la Administración de ordenar la enseñanza en todos sus aspectos».

También anulan el artículo 12.3 del Decreto, en el que se preceptúa que: “el alumnado podrá utilizar en las manifestaciones oral y escrita la lengua oficial de su preferencia. No obstante lo anterior, se procurará que el alumnado utilice la lengua en que se imparte el área, asignatura o módulo”. Considera al respecto el Tribunal, entre otras razones, que dicho precepto:

«resulta contrario al fomento del uso progresivo del gallego en la enseñanza que, como mandato imperativo, se contiene en el artículo 13.2 de la Ley de Normalización Lingüística, porque la libertad al alumnado en el empleo de la lengua oficial de su preferencia en sus manifestaciones oral y escrita, permitiéndole la utilización del castellano pese a que sea el gallego la lengua en que se imparte el área, asignatura o módulo, contradice aquel mandato, ya que no facilita la adquisición de la destreza exigida al alumno en la lengua propia de esta Comunidad Autónoma desde el momento en que

se le permite que no hable o escriba en la lengua gallega cuando es ésta la propia del área, asignatura o módulo».

2.- Conciertos educativos con centros docentes privados que sólo admiten alumnado de un único sexo. No infringen el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a) de 8 de febrero de 2012** (recurso 636/2009, ponente: Ilma. Sra. Galindo Gil) desestima el recurso interpuesto por un sindicato contra la Orden de 26 de agosto de 2009 de la Consellería de Educación e Ordenación universitaria, aprobatoria de los conciertos educativos con los centros docentes privados de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria, educación especial, programas de cualificación profesional inicial, ciclos formativos de grado medio y ciclos formativos de grado superior. Señala el Tribunal que:

«(...) no se aprecian las vulneraciones invocadas por la actora, pues con la aprobación de conciertos educativos con centros privados de enseñanza única, esto es, con centros docentes que practican la educación separada admitiendo alumnado de un único sexo, no se infringe el ordenamiento jurídico. La Administración, al aprobar conciertos con estos centros docentes, y en particular, al aprobar los conciertos cuestionados por la actora, está respetando las previsiones legales y reglamentarias de aplicación, y entre ellas la Orden de 9 de enero de 2009. Esta Orden regula el desarrollo del principio de coeducación, no como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos (incluida la renovación), sino como criterio de prioridad a la hora de aprobarlos. (...)

Cierto es que la admisión de alumnos sin discriminación de sexo ya se recoge en el artículo 84.3 de la LOE como una obligación que deben cumplir los centros docentes (obligación que también se recoge en artículo 6 de la Orden de 9 de enero de 2009). Sin embargo ni en la Ley de educación, ni en otra norma jurídica, se exige la enseñanza mixta como requisito para que un centro docente pueda ser beneficiario de financiación pública a través de los conciertos educativos, habida cuenta que la exigencia de la enseñanza mixta como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos sólo puede imponerse por disposición legal.

Cita también la actora en su escrito de demanda, en apoyo de sus pretensiones, la normativa estatal y autonómica sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y la autonómica 7/2004, de 16 de julio). Ahora bien ninguna de estas normas afectan a la interpretación que haya de darse a las previsiones que se recogen en la ley 2/2006. Véase que la Directiva del Consejo de la UE 2004/113 (para cuya trasposición se dictó la Ley Orgánica 3/2007), deja a la Educación fuera de su ámbito de aplicación. El considerando 13 de la Directiva se expresa de la siguiente manera: "La prohibición de la discriminación deberá aplicarse a las personas que presten bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en dicho contexto. No se aplicará al contenido de los medios de comunicación ni de la publicidad, ni a la enseñanza pública o privada". Y el artículo 3.3 establece que "La presente Directiva no se aplicará al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad, ni a la educación».

Extranjería

La mera estancia irregular de un ciudadano extranjero no comunitario en territorio español, sin circunstancias agravantes, conlleva la sanción de multa y no la de expulsión.

El **TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a)**, en su **Sentencia de 5 de diciembre de 2012** (recurso 430/2012, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) avanza en la línea jurisprudencial previamente iniciada con la sentencia de 25 de junio de 2012 (recurso 15/2012), alcanzando la conclusión de que la mera permanencia ilegal de un extranjero en territorio español, sin circunstancias agravantes (entre las que no se incluye la mera omisión de visado o sello de entrada en el pasaporte) debe sancionarse en primer término con multa pecuniaria, no con orden de expulsión. La sanción primaria establecida para estos supuestos en la legislación de extranjería es la de multa. De manera que la orden de expulsión se reserva para los supuestos más graves, distintos de los de *“mera permanencia ilegal”* del inmigrante en territorio español, que habrán de ser pormenorizadamente motivados en la resolución sancionatoria. Como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2011, la elección por la Administración entre la sanción de multa y la de expulsión del inmigrante no es discrecional *«sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000»*. Por otra parte, la imposición de una multa al extranjero en situación irregular —en lugar de la expulsión—, no supone que se le dispense de la obligación legal de obtener la preceptiva autorización de residencia para poder permanecer en España; ni de su deber de abandonar el territorio español si no consigue dicha autorización. Pero le da al inmigrante la posibilidad de regularizar su situación en España si cumple los requisitos necesarios para ello. O, en caso contrario, de retornar a su país por su propio pie, sin la “prohibición de entrada” de hasta 5 años que se le impondría con la orden de expulsión, pudiendo así solicitar desde allí en legal forma las autorizaciones necesarias para regresar a España. No se trata pues ni de una dispensa en el cumplimiento por el extranjero de sus obligaciones legales, ni de la tolerancia de una situación de “clandestinidad”. Es sencillamente la respuesta que ofrece el propio sistema legal, en aplicación del principio de proporcionalidad, a una concreta situación humanitaria, familiar o social compleja, cuya solución procura de la manera menos traumática posible.

Incide así el TSJ Galicia en esta sentencia, en primer lugar en que:

«(...) si no existe pasaporte, ni se acredita la identidad ni lugar y tiempo de entrada, estamos ante un hecho negativo adecuado para la expulsión; en cambio, si existe pasaporte incompleto en este particular, el mero dato formal del desconocimiento del lugar y tiempo de entrada en territorio Schengen no constituye hecho negativo autónomo en sí mismo, salvo que quede clara su específica relevancia para los fines de orden público o control de circunstancias del titular del pasaporte».



Y, en segundo lugar desplaza hacia la Abogacía del Estado la carga de la prueba sobre el factor negativo determinante de la expulsión consistente en la falta de arraigo del inmigrante. Señala así que:

«no consta acreditado en el expediente ni en los autos que la estancia en España de la recurrente fuese tan breve que comportase inexistencia de arraigo suficiente (y que determinase la innecesariedad de motivación específica para la expulsión), puesto que lo más que se extrae del pasaporte (folio 5 expte.) es que el mismo se expidió el 12/11/2010 pero sin que se haya acreditado por la Administración la citada estancia mínima (a través de interrogatorio u otras pruebas en fase de instrucción), y sin que podamos presumirlo por impedirlo la presunción de inocencia propia del ámbito sancionador».

Medio ambiente y urbanismo

1.- Gestión urbanística. Ocupación directa de terrenos para sistemas generales. La aplicación de dicha técnica requiere del consentimiento de los afectados.

El TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 3ª), en sus **sentencias de 22 y 29 de febrero de 2012** (recs. 7539/2009 y 7529/2009, ponente: Ilmo. Sr. Cibeira Yebra-Pimentel) analiza la naturaleza jurídica de la técnica de gestión urbanística consistente en la "ocupación directa" de terrenos. Tras repasar la historia legislativa y la doctrina constitucional sobre dicha institución concluye que a día de hoy en Galicia sólo se puede aplicar con el consentimiento de los afectados. Y ello por cuanto se trata de «una modalidad o técnica de gestión urbanística de obtención de terrenos dotacionales de carácter expropiatorio o asimilable»; expropiación con pago en especie cuyo carácter coactivo sólo se puede establecer por ley estatal y no autonómica. Como a día de hoy ninguna ley básica estatal legitima su utilización, sólo se podrá recurrir a la "ocupación directa" de terrenos para la obtención de suelo afecto a dotaciones o equipamientos si existe acuerdo con los interesados.

2.- Revisión del planeamiento general. Efecto no vinculante de los convenios de planeamiento. Clasificación del suelo: Suelo rústico de especial protección.

El TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª), en su **sentencia de 18 de octubre de 2012** (rec. 4349/2009, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima el recurso interpuesto contra la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal de Oleiros, respecto de la clasificación como suelo rústico protegido de unos terrenos que habían sido objeto de un convenio de planeamiento anterior. Insiste el Tribunal en esta sentencia en que:

«No se vulnera la estabilidad y la seguridad jurídicas porque la aprobación definitiva de un plan general se aparte de los términos de un previo convenio urbanístico de planeamiento. La doctrina jurisprudencial sobre este particular es clara: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que un Ayuntamiento llegue con los administrados, la potestad de planeamiento siempre ha de ejercerse en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible por lo que, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pudiera desencadenar en su caso, la Administración se puede separar de los convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento celebrados con los administrados cuando ejerce su potestad de planeamiento (SSTS



de 7-10-2002, 15-3-97, 23-6-94, 19-3-92 y 13-2-92). Como dice la primera de estas sentencias, "la Administración no se encuentra limitada al aprobar la revisión de un Plan General por los convenios urbanísticos previos, aún de planeamiento, que haya concertado con los administrados". Tampoco la Administración autonómica está vinculada por las propuestas de un Ayuntamiento expresadas en la aprobación inicial o provisional de un plan general en aquellos aspectos reglados, como es la clasificación del suelo, según pone de relieve lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 9/2002. La modificación de la clasificación que tenía en la aprobación inicial la finca litigiosa se llevó a cabo de acuerdo con lo determinado por la Administración autonómica en su Orden de 14-3-2007, y en ella se explican los motivos de ese cambio (folio 113 del expediente de dicha Administración). En cuanto a la desigualdad y discriminación respecto de los suelos urbanos consolidados contiguos, la parte actora no sostiene que su finca sea suelo urbano consolidado ni pretende que se declare así, sino suelo urbanizable, con lo que reconoce la diferencia de características en relación con esos suelos, que, como urbanos, son de clasificación reglada, lo que no ocurre con el urbanizable, por lo que no puede aceptarse que exista ese tratamiento desigual y discriminatorio. Por ello las alegaciones a las que acaba de hacerse referencia no pueden ser acogidas».

Patrimonio histórico

Inspección del interior de bienes inmuebles de titularidad privada integrados en el patrimonio cultural de Galicia (Pazo de Meirás). No concurre desviación de poder.

La **Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 4^a) de 29 de febrero de 2012** (casación 1563/2010, ponente: Excm. Sra. Pico Lorenzo), confirma la validez de una resolución del Director Xeral de Patrimonio Cultural de la Xunta de Galicia que ordenó la realización de una inspección del Pazo de Meirás, en Sada (A Coruña), incluido en el Inventario de Bienes Culturales de Galicia «con el fin de comprobar el estado del edificio y su entorno, a los efectos de constatar cual es su nivel de conservación, así como de realizar un reportaje fotográfico completo».

Considera el Tribunal Supremo en esta sentencia que: «El art. 70.2. de la LCA define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Sin entrar en la interpretación de la Ley 8/1995, del Patrimonio Cultural de Galicia, resulta patente que la Administración autonómica puede solicitar de los titulares de derechos sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural de Galicia el examen de los mismos, tal cual aquí se acordó, por lo que no se evidencia que la facultad de inspección fuere utilizada para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico autonómico».

Personal

Solicitud por asociación corporativa de empleados públicos, de convocatoria para cubrir en un ayuntamiento puestos de funcionarios con habilitación de carácter nacional. Procedimiento que sólo se puede iniciar de oficio. Silencio administrativo negativo.

La **Sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 23 de mayo de 2012** (rec. 4/2012, ponente: Ilmo. Sr. Díaz Casales) confirma la desestimación del recurso promovido por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local contra una supuesta inactividad del Concello de A Coruña por no ejecutar la “estimación presunta” de la solicitud que previamente formularon de que se realizase la convocatoria por libre designación para cubrir las plazas de viceinterventor, vicetesorero y oficial mayor. Y ello por cuanto:

«(...) la cobertura de las plazas es un procedimiento típico de los iniciados de oficio y, por lo tanto, excluidos del ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo con arreglo al Art. 43.2 de la LPAC, sin que pierda esta naturaleza por el hecho de que los interesados insten su puesta en marcha. Así resulta de lo dispuesto en los Arts. 19 —que reserva a los presidentes de las corporaciones la aprobación de las convocatorias—, 25 —que posibilita la convocatoria subsidiariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas—, 28 —reservando al Presidente de la Entidad Local la aprobación de las bases de la convocatoria— del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional o el Art.29 del Decreto 49/2009, de 26 de febrero, sobre el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia respecto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, por lo que ha de concluirse que pese a que la sentencia de instancia yerra sobre la razón por la que no procede entender estimada por silencio la petición formulada por el Colegio recurrente, merece ser confirmada porque falta el presupuesto para que opere el silencio administrativo positivo que, a su vez, habría de servir de base para la pretensión ejercitada».

Proceso contencioso-administrativo

1.- Requisitos formales exigibles a un ayuntamiento para promover un recurso contencioso-administrativo: Dictamen preceptivo del secretario o del jefe de la asesoría jurídica municipal.

La **Sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 22 de noviembre de 2012** (rec. 4448/2012, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Concello de Entrimo (Ourense) frente a una resolución de la Xunta de Galicia, por “falta de legitimación ad procesum”, toda vez que dicha Administración municipal:

«(...) no aportó documento alguno que acredite la emisión del dictamen que exigen el artículo 54.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y el artículo 221.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, con lo que incumplió lo requerido en el artículo 45.2.d) de la Ley jurisdiccional; omisión que no se subsanó con posterioridad, pese a tener ocasión para hacerlo en las fases de prueba y de conclusiones, y a haber sido denunciada de contrario en la contestación a la demanda. Por ello el recurso de apelación tiene que ser acogido, revocada la sentencia impugnada y declarado inadmisibles el recurso contencioso-administrativo interpuesto».

2.- La sentencia que se limita a desestimar el recurso contencioso-administrativo dirigido frente a la orden de demolición de una construcción ilegal no constituye,

en sí, título de ejecución forzosa, ni legitima la apertura de un incidente de ejecución para resolver en él la controversia que suscite la práctica efectiva del derribo.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 20 de diciembre de 2012** (rec. 4536/2012, ponente: Ilma. Sra. Recio González) señala al respecto que:

«(...) siendo la sentencia desestimatoria, es decir, confirmatoria del acto administrativo impugnado, la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a los efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su propia fuerza ejecutiva, de manera que como no ha alterado en nada la situación derivada del acto administrativo impugnado, su ejecución le corresponde al órgano autor de tal acto, sin que nada pueda añadir, ni aconsejar, ni ordenarle el órgano juzgador sobre el modo de ejecutarlo».

Tributos

1.- Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

El **TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 4^a)** dictó numerosas sentencias en fecha **10 de diciembre 2012** (reccs. 16641/2009, 15327/2009, 16815/2009, 15382/2009, 15035/2009, 15606/2009, 15477/2010, 16401/2009, 15169/2010, etc.) anulando determinados preceptos de ordenanzas municipales reguladoras de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil. Y ello aplicando la novedosa jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo (S^a 3^a) en sus sentencias de 10 y 15 de octubre de 2012 (casación 4307/2009, 1085/2010 y 861/2009) a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11), conforme a la cual debe eximirse:

«(...) a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales».

2.- Tasa por ocupación de vía pública para mudanza de enseres. Recurso indirecto contra la ordenanza reguladora. Vulneración del principio de equivalencia.

La **Sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 4^a) de 6 de febrero de 2013** (rec. 15758/2012, ponente: Ilma. Sra. Rivera Frade) estima la cuestión de legalidad formulada contra un determinado precepto de la Ordenanza del Ayuntamiento de Ourense reguladora de la tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público, en el que se establecía el importe a pagar por la ocupación temporal de la vía pública con un camión de mudanzas para el traslado de enseres. Considera el Tribunal que la referida Ordenanza infringe el "principio de equivalencia" conforme al cual el importe de la tasa no podrá exceder del coste real o previsible del servicio, actividad o prestación que se recibe.



1. Las propuestas de colaboración con la Revista Galega de Administración Pública se remitirán como archivo adjunto a un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección: **regap@xunta.es**.

Además, la o el autor o los autores enviarán el original en un disco compacto, USB, o dispositivo similar, en soporte informático *Microsoft Word*, así como dos copias impresas firmadas a la siguiente dirección:

Revista Galega de Administración Pública
Servicio de Estudios y Publicaciones
Escola Galega de Administración Pública
Rúa de Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela (A Coruña)
2. El disco compacto, USB, o dispositivo similar, remitido por correo postal deberá contener un único archivo o documento con el texto de la propuesta de la colaboración.
3. No serán aceptadas propuestas de colaboración enviadas por fax o por correo postal sin estar acompañadas del correspondiente soporte electrónico.
4. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
5. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés italiano, inglés o alemán.
 - c) Contener un número máximo de 20.000 palabras para los trabajos redactados como "Estudios"; y, de 10.000 para los editados como "Notas".
6. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Título descriptivo del contenido, nombre, apellidos y profesión o cargo de la o del autor o de los autores.
 - b) Un resumen (de un máximo de 150 palabras) en el idioma en el que se presenta el texto principal y su traducción al inglés de no ser esta la lengua empleada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma inglés, de no ser esta la lengua empleada en su redacción.
 - d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a...).
 - e) El cuerpo principal del texto.
 - f) La bibliografía.
7. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la o las personas responsables de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos formales:
 - a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio, con formato de fuente Times New Roman, tamaño 12.
 - b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y ajustarse al siguiente modelo:
 - LIBRO: AUTOR, Título de la publicación, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.
 - AUTOR, "Título del artículo". Título de la fuente (revista u otra colectiva), número, año, páginas.
 - c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; de tratarse de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).
 - d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo. Por ejemplo: http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html.
8. Derechos de autoría. Una vez que el consejo editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la Escola Galega de Administración Pública (EGAP).