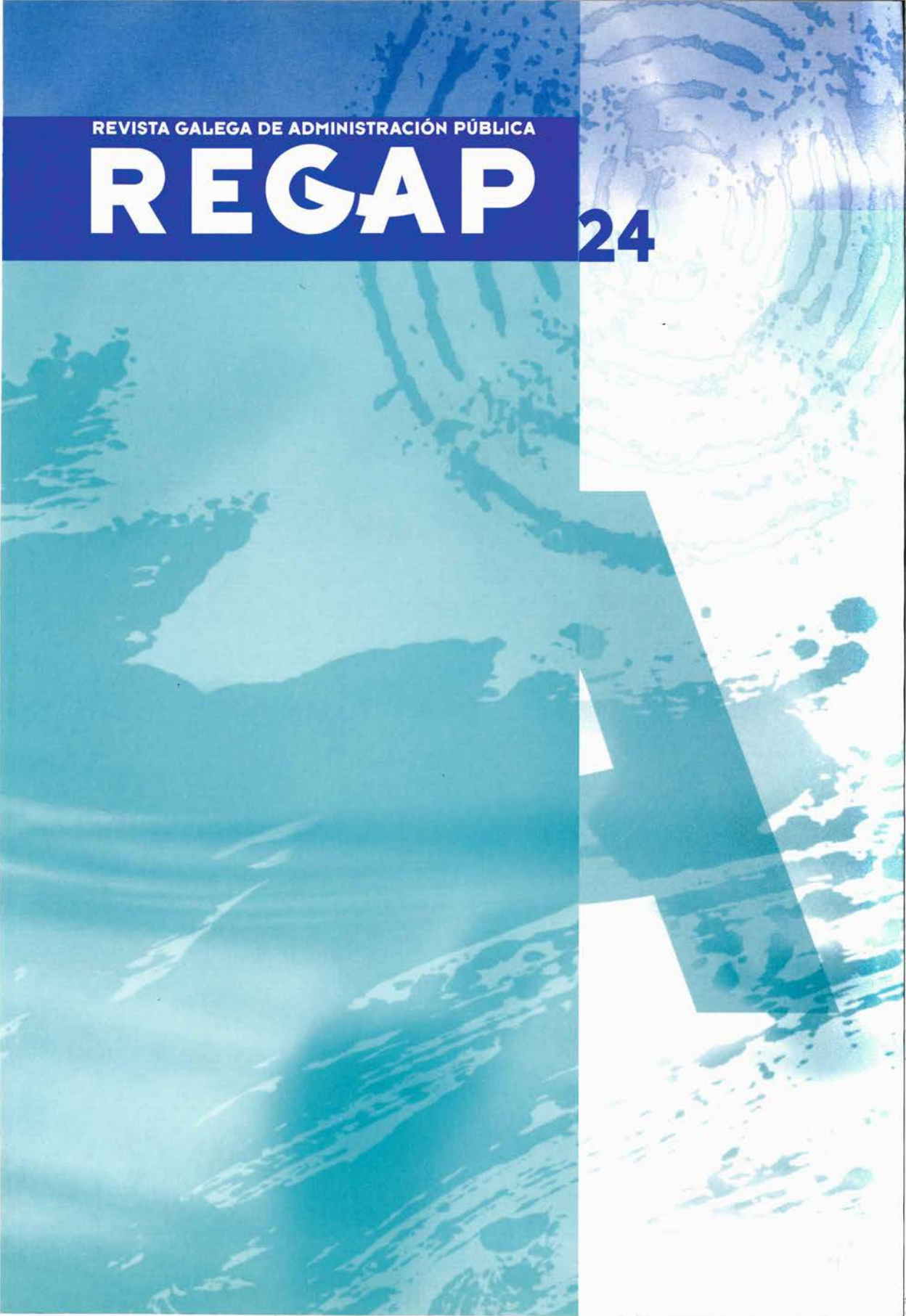


REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# REGAP

24









24

XANEIRO - ABRIL  
2000

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**REGAP**


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



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Edita:* ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas  
15707 Santiago de Compostela  
Tel.: (981) 54 60 40 / Telefax: (981) 54 63 37

*Traducción e supervisión lingüística:* Alexandre Alonso Alonso  
Sonia Alonso Figueroa

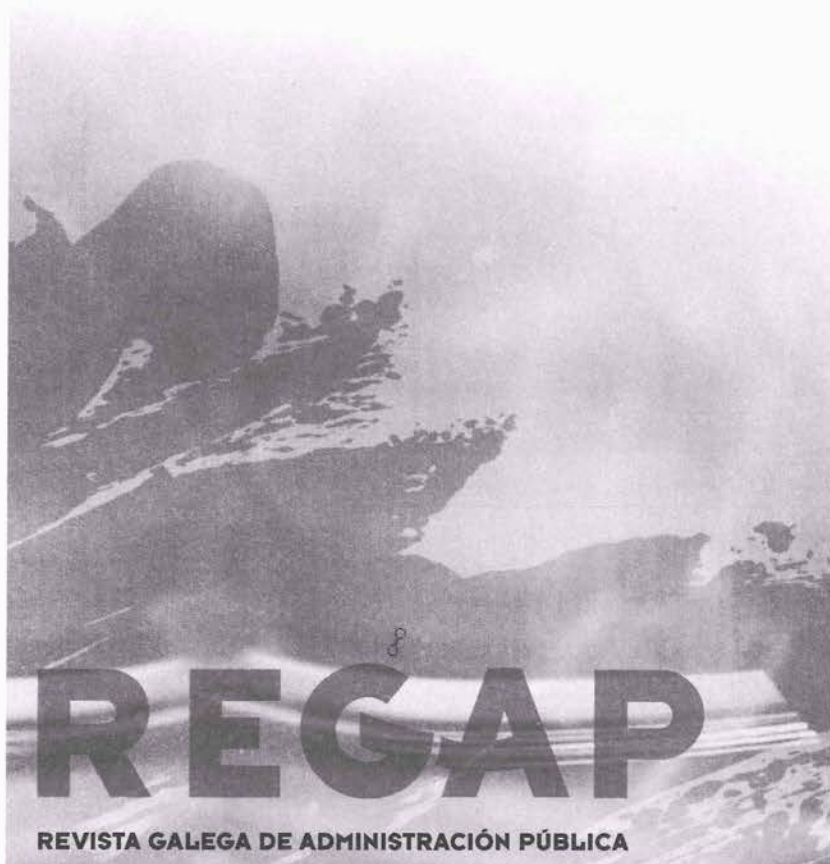
*Deseño gráfico:* Uqui  CEBRA

*Imprime:* Offset Valladares

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.  
Solicitude de subscricións a EDITORIAL GALAXIA.

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



# REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA





## **D**IRECTOR

**Domingo Bello Janeiro**

*Director da EGAP*

## **S**ECRETARÍA TÉCNICA

**José Luis Mínguez Goyanes**

*Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia*

## **C**ONSELLO

**José Antonio Álvarez Vidal**

*Director xeral de Xustiza e Administración Local*

**Francisco Javier Castiñeira Izquierdo**

*Secretario de Administración Local*

**Juan Luís Castro Somoza**

*Avogado do Estado*

**José Ramón Cólera Leirado**

*Letrado maior do Parlamento de Galicia*

**Andrés Faña Medín**

*Catedrático de economía aplicada da  
Universidade da Coruña*

**Alejandro Fernández Barreiro**

*Catedrático de dereito romano  
Universidade da Coruña*

**Manuel Fernández Areal**

*Catedrático de teoría xeral da información*

**Francisco Fernández Segado**

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

**José Antonio García Caridad**

*Presidente do Consello Consultivo de Galicia*

**Ramón García-Malvar y Mariño**

*Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia*

**Pablo González Mariñas**

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

**Vicente González Radío**

*Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña*

**José Carlos López Corral**

*Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia*

**Xosé López García**

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

**Fernando José Lorenzo Merino**

*Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo*

**Jesús Martínez Girón**

*Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña*

**Carlos Otero Díaz**

*Conseilleiro maior do Consello de Contas de Galicia*

**Santiago Porta Doval**

*Psicólogo da Consellería de Traballo e Servizos Sociais*

**Juan Ramón Quintás Seoane**

*Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña*

**Juan Jesús Raposo Arceo**

*Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia*

**Luís Rodríguez-Ennes**

*Decano da Facultade de Dereito de Ourense*

**Juan Rodríguez Yuste**

*Secretario xeral de Relacións coa Unión Europea e  
Acción Exterior da Xunta de Galicia*

**Antonio Romero Lorenzo**

*Maxistrado xuíz decano de Vigo*

**Francisco José Serna Gómez**

*Secretario xeral de Caixa Ourense*

**Luís Ramón Sotelo López**

*Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia*

**Javier Suárez García**

*Director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia*

**José Ramón Vázquez Sandes**

*Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia*

**Jesús Vázquez San Luís**

*Secretario xeral da Consellería de Industria e Comercio*

**Javier de Vicente Remesal**

*Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo*

**José Vilas Nogueira**

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

**Perfecto Yebra Martul-Ortega**

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



# SUMARIO

## ESTUDIOS

- Germán Fernández Farreres** La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de colegios profesionales ..... 15
- José M.<sup>a</sup> Baño León** El ejercicio de las profesiones tituladas y los colegios profesionales ..... 27
- Jacinto Gil Rodríguez** Conservación y pérdida de la nacionalidad española (en el supuesto de emigración). La extranjería privilegiada y el tránsito de la condición de extranjero a la de nacional (en la perspectiva de la inmigración). La recuperación de la nacionalidad española (pensando en el retorno) ..... 51
- Joaquín Rams Albesa** La protección de los adquirentes de viviendas en fase de construcción ..... 75

## NOTAS E COMENTARIOS

- Pablo Lucas Murillo de la Cueva** El acceso a la información judicial ..... 85
- Joaquín Huelin Martínez de Velasco** El acceso de los ciudadanos a los registros administrativos. El derecho de los concejales y diputados provinciales a acceder a la información y documentos de interés local ..... 115
- Miryam Martínez García** Aspectos constitucionales del deber de colaboración con la Administración tributaria mediante el suministro de datos de terceras personas ..... 131

## XURISPRUDENCIA

- Pablo González Mariñas** Actos urbanísticos sujetos a  
**Javier Álvarez Barbeito** licencia: una visión jurisprudencial ..... 149

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

- Xosé A. Sarmiento Méndez** As proposicións non de lei na práctica do Parlamento galego ..... 175

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- 185 Xornadas sobre a Lei de caza de Galicia  
EGAP, 17-18 de novembro de 1999 **José María Rebolledo Varela**
- 195 Xornadas de estudio sobre a Lei  
de cooperativas de Galicia  
EGAP, 29-30 de novembro de 1999 **Alfredo Romero Gallardo**
- 217 Xornada sobre a nova Lei de  
ordenación da edificación  
EGAP, 16 de decembro de 1999. **José Ricardo Pardo Gato**

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- 231 *Discursos parlamentarios de Montero Ríos na  
restauración borbónica (1874–1923)*  
Margarita Barral e Emilia García  
EGAP, 1999 **José Luís Mínguez Goyanes**
- 235 *La regulación económica de los servicios públicos*  
Miguel Ángel Lasheras  
Ariel, S.A. Barcelona 1999 **José María Rebolledo Varela**
- 241 *Historia de la propiedad en España. Siglos XV–XX*  
Salustiano de Dios, Javier Infante,  
Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coords.)  
Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999 **Faustino Martínez Martínez**

# SUMMARY

## STUDIES

<b>German Fernández Farreres</b>	The distribution of powers between State and Autonomous Communities with regard to professional bodies _____	<b>15</b>
<b>José M.ª Baño León</b>	The practice of certified professions and the professional bodies _____	<b>27</b>
<b>Jacinto Gil Rodríguez</b>	Maintenance and loss of Spanish nationality (on the assumption of emigration). Privileged aliens and the transition from alien status to national (from the perspective of immigration). The recovery of Spanish nationality (when thinking of returning) _____	<b>51</b>
<b>Joaquín Rams Albesa</b>	Purchaser protection for housing under construction _____	<b>75</b>

## NOTES AND COMMENTS

<b>Pablo Lucas Murillo de la Cueva</b>	The access to judicial information _____	<b>85</b>
<b>Joaquín Huelin Martínez de Velasco</b>	Citizen access to administrative records. The right of municipal and provincial councillors to access information and local interest documents _____	<b>115</b>
<b>Miryam Martínez García</b>	Constitutional aspects of the duty to co-operate with the Tax Board through the provision of third party data _____	<b>131</b>

## JURISPRUDENCE

<b>Pablo González Mariñas and Javier Álvarez Barbeito</b>	Administrative acts subject to licence: a jurisprudential outlook _____	<b>149</b>
---	---	------------

## PARLIAMENTARY CHRONICLE

<b>Xosé A. Sarmiento Méndez</b>	Non-legislative motions in the practice of the Galician Parliament _____	<b>175</b>
---------------------------------	--	------------



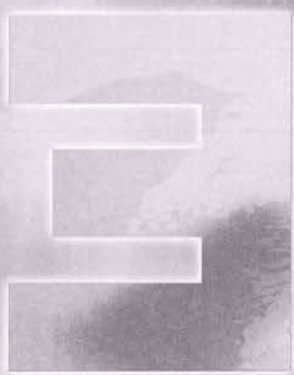
## **A**DMINISTRATIVE CHRONICLE

- 185 \_\_\_\_\_ Day on the Galician Hunting Act  
EGAP, 17<sup>th</sup> – 18<sup>th</sup> November 1999 José María Rebolledo Varela
- 195 \_\_\_\_\_ Study day on the Galician Co-operatives Act  
EGAP, 29<sup>th</sup> – 30<sup>th</sup> November 1999 Alfredo Romero Gallardo
- 217 \_\_\_\_\_ Day on the new Planning and Building Act  
EGAP, 16<sup>th</sup> December 1999 José Ricardo Pardo Gato

## **B**IBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- 231 \_\_\_\_\_ *Parliamentary discourse by Montero Ríos during  
the Borbon Restoration (1874 – 1923)*  
Margarita Barral and Emilia García  
EGAP, 1999 José Luí Mínguez Goyanes
- 235 \_\_\_\_\_ *The economic regulation of public services*  
Miguel Ángel Lasheras  
Ariel, S.A. Barcelona 1999 José María Rebolledo Varela
- 241 \_\_\_\_\_ *The history of property ownership in Spain. 15<sup>th</sup> – 20<sup>th</sup> centuries*  
Salustiano de Dios, Javier Infante,  
Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coords.)  
Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999 Faustino Martínez Martínez

ESTUDIOS





# LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE COLEGIOS PROFESIONALES

Germán Fernández Farreres

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid

## I

La Constitución de 1978 menciona a los Colegios Profesionales en una única ocasión. Concretamente en el artículo 36, al disponer que «la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas». Expresa referencia, pues, a los Colegios Profesionales a fin de establecer sencillamente una reserva de ley. A ello añade el mismo precepto constitucional, en el inciso final, que «la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos». Sin embargo, sobre esta tradicional figura de los Colegios Profesionales, nada más precisa el texto constitucional.

En especial, desde la perspectiva del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, la materia «Colegios Profesionales» presenta la singularidad de que, enunciada como tal –lo mismo sucede, por lo demás, con la más genérica de «Corporaciones de Derecho Público

representativas de intereses económicos y profesionales»-, no aparece en las listas de los artículos 148.1 y 149.1 de la CE. Esa elemental constatación conduce derechamente a esta otra. Al Estado, en principio, no le ha sido reservada constitucionalmente competencia alguna respecto de los Colegios Profesionales, de manera que, sin perjuicio de la incidencia que en el régimen jurídico de los mismos puedan tener otros títulos competenciales, las competencias han quedado a la disponibilidad de los Estatutos de Autonomía, pudiendo éstos atribuir las íntegramente a las Comunidades Autónomas (principio dispositivo del artículo 149.3 de la Constitución). Sólo en el caso de que dichos Estatutos no procedan a esa atribución, dichas competencias quedarán en el ámbito estatal, de manera contingente por el juego de la cláusula residual que sanciona el mismo artículo 149.3.

Es verdad que a lo largo de la fase inicial del proceso de constitución y asentamiento de las Comunidades Autónomas, las limitadas transitoriamente por el listado de competencias del artículo 148.1 CE no pudieron asumir de manera efectiva ninguna competencia relativa a la ordenación y régimen jurídico de los Colegios Profesionales, razón por la cual quedaron retenidas por el Estado. Por el contrario, las Comunidades Autónomas constreñidas únicamente por las competencias constitucionalmente reservadas al Estado pudieron asumir esas competencias con la máxima amplitud. Y así lo hicieron, con la significativa -y sorprendente, por lo demás- excepción del Estatuto de Autonomía de Galicia. Mientras que los Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña y Andalucía atribuyeron a la competencia exclusiva de las respectivas Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de «colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución» (artículos 10.22, 9.23 y 13.24, respectivamente), el de Galicia guardó al respecto absoluto silencio. Dicho Estatuto únicamente se refiere a la competencia exclusiva en materia de «Cofradías de Pescadores. Cámaras de la Propiedad Agraria, de Comercio, Industria y Navegación y otras de naturaleza equivalente, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149 de la Constitución» (artículo 27.29), lo que, en estrictos términos, determina que la CA no haya asumido competencia alguna en materia de Colegios Profesionales; un dato que se confirma a la luz de la Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, de transferencia a la CA gallega de la competencia de «desarrollo legislativo y ejecución en materia de Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales, en el marco de la legislación básica del Estado» (artículo 3).

La singularidad de la Comunidad Foral de Navarra tuvo reflejo, por otra parte, en la previsión de la LORAFNA (artículo 44.26), mucho más escueta que las anteriores: la Comunidad Foral ostenta competencia ex-



clusiva sobre «Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas conforme a la legislación general» (artículo 44.26).

Por último, las demás Comunidades Autónomas, con la excepción de Canarias y de Valencia, que, en virtud de las correspondientes transferencias al amparo del artículo 150.2 de la Constitución, pudieron ejercer desde el primer momento las mismas competencias legislativa y ejecutiva que las Comunidades vasca, catalana y andaluza (Leyes Orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de agosto, respectivamente), tras el período transitorio que previó el artículo 148.2 de la Constitución, procedieron a las reformas de sus Estatutos, asumiendo también, como propias, competencias en materia de Colegios Profesionales. Esas reformas estuvieron precedidas, no obstante, de la transferencia a esas Comunidades Autónomas de diversas competencias y, entre ellas, la relativa al desarrollo legislativo y la ejecución en la materia «Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales», todo ello «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca [artículo 3.a) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre]. De este modo, y con esa misma formulación, o similar –en concreto, mencionando expresamente a los Colegios Profesionales, así como a otros tipos de entes corporativos–, las reformas estatutarias les han atribuido definitivamente dichas competencias. Con ligeras variantes, en efecto, todas las previsiones estatutarias responden al mismo patrón: competencia de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca (artículos 25.5 EA Cantabria; 11.9 EA Asturias; 27.6 EA Madrid; 32.5 EA Castilla-La Mancha; 9.10 EA La Rioja; 8.6 EA Extremadura; 11.10 EA Murcia; y 11.15 EA Islas Baleares). Una regla, no obstante, que se ha excepcionado en el EA Aragón, pues ha atribuido a la CA la «competencia exclusiva en materia de Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas» (artículo 35.1.22). También las reformas de los Estatutos de Canarias y Valencia han determinado que las competencias que hasta ese momento pudieron ejercer como competencias transferidas, hayan pasado a configurarse definitivamente como competencias estatutarias.

Por tanto, en la actualidad todas las Comunidades Autónomas –con la excepción ya señalada de Galicia– son titulares de competencias propias respecto de los Colegios Profesionales.

## II

Ahora bien, importa señalar de inmediato que las diferentes calificaciones de esas competencias estatutarias no suponen diferencia alguna en cuanto al verdadero y efectivo alcance de las mismas. Y es que también las Comunidades cuyos Estatutos de Autonomía les atribuyen las competencias sobre Colegios Profesionales como competencias exclusivas deben ajustarse a las normas básicas que pueda dictar el Estado. Existe, en definitiva, una homogeneidad competencial incuestionable porque todas las Comunidades disponen de las mismas competencias y todas se encuentran en idéntica posición respecto de las que corresponden al Estado.

Esa homogeneidad, así como la propia formulación de las competencias autonómicas en las reformas estatutarias como competencias de desarrollo legislativo y ejecución, se debe, en gran medida, a la clarificación que del reparto competencial ha efectuado la jurisprudencia constitucional. Y es que, a pesar de que la Constitución no reserva al Estado ninguna competencia específicamente referida a la materia –razón por la cual, como hemos visto, algunas Comunidades Autónomas llegaron a asumir la integridad de las competencias–, el Tribunal Constitucional ha considerado que, dado que los Colegios Profesionales no dejan de asimilarse, siquiera sea parcialmente, a las Administraciones Públicas, sobre los mismos incide la competencia estatal para fijar «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (artículo 149.1.18<sup>a</sup> CE).

Según reiterada doctrina del Tribunal (por todas, STC 20/1988, de 18 de febrero, f.j. 4), los Colegios Profesionales son Corporaciones de naturaleza mixta que, aun cuando no constituyen propiamente Administraciones Públicas, ostentan una personalidad jurídico-pública que está acompañada del ejercicio de funciones de carácter público atribuidas por la Ley o delegadas por la Administración. Por eso, por tratarse de Corporaciones de Derecho Público que, en determinados aspectos, actúan como una Administración Pública, se ha concluido que la competencia resultante del artículo 149.1.18<sup>a</sup> CE permite al Estado incidir transversalmente en la regulación de dichas Corporaciones.

Por ello, lo que inicialmente pudo parecer susceptible de calificarse como competencia exclusiva se demostró que no lo era, sin que, por tanto, ninguna virtualidad presente esa exclusividad. Se trata de una puntualización que la misma STC 20/1988, de 18 de febrero (f.j. 3), ratificó expresamente, apelando al fundamental principio de interpretación conforme a la Constitución:

«Ahora bien, que el artículo 36 de la Constitución no reconozca directamente al Estado competencia normativa para fijar el régimen jurídico de los Colegios Profesionales no significa que aquél carezca de todo título habilitante para intervenir en esta materia, ni tampoco que el nivel o grado

de competencia estatal sea sólo el que resulte de los propios términos de cada uno de los Estatutos de Autonomía, de tal manera que, según cree equivocadamente el órgano impugnante (el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña), el Estado carecería de toda competencia legislativa cuando el Estatuto de Autonomía haya operado una asunción íntegra y exclusiva de todas las facultades y funciones sobre la materia que ahora nos ocupa. Debe recordarse a este propósito que la calificación jurídica que las competencias de las Comunidades Autónomas debe merecer no deriva de una lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad, dentro del cual, como es evidente, la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo el ordenamiento; fuerza normativa que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia».

Se explica, así, que clarificado el alcance de las competencias autonómicas a la luz de esa competencia estatal, tanto la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias, como las ya referidas reformas estatutarias, hayan ceñido –con la injustificable excepción del Estatuto de Aragón– las competencias autonómicas al desarrollo legislativo y la ejecución en el marco de la legislación básica del Estado.

La competencia estatal para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas es, por tanto, el principal argumento que ha llevado a rechazar la exclusividad de las competencias autonómicas. Sin embargo, aún debe añadirse que esa competencia no es el único título que permite al Estado incidir en la ordenación y régimen jurídico de los Colegios Profesionales. En la medida en que los Colegios Profesionales constituyen –o cuando menos, deberían constituir– una forma organizativa típica de determinadas profesiones tituladas, entra, asimismo, en juego la competencia del Estado para regular el ejercicio de tales profesiones, lo que encuentra fundamento en las previsiones de los artículos 36 y 149.1.30<sup>a</sup> CE. La razón es clara. Como ha advertido la propia jurisprudencia constitucional (STC 122/1989, de 6 de julio, f.j. 3, con cita de otras sentencias más), esa competencia del Estado para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales, se vincula directamente a la existencia misma de las llamadas profesiones tituladas. Tanto es así que bien puede afirmarse que la determinación de las profesiones tituladas cae en el ámbito competencial del Estado y, con ello, también la determinación de las condiciones del ejercicio profesional, lo que entronca directamente con el carácter colegiado o no con que se configuren las profesiones.



En consecuencia, el Estado, además de su competencia para regular los aspectos funcionales y organizativos básicos de los Colegios Profesionales, se halla facultado para regular aquellos otros aspectos que caracterizan jurídicamente a las profesiones tituladas, tales como la determinación de las actividades que se comprenden en las mismas, las obligaciones y derechos de los profesionales o, en fin, para decidir sobre su carácter colegiado o no.

Por último, es preciso añadir que, en función del contenido que se pretenda dar a la regulación de las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y del ejercicio de las profesiones tituladas, otros títulos competenciales reservados al Estado pueden entrar en juego. En particular, la competencia estatal sobre «legislación de defensa de la competencia», o la resultante del artículo 149.1.13<sup>a</sup> CE, relativa a la ordenación de la actividad económica en el sector concreto de los servicios profesionales, son títulos suficientes para legitimar determinadas medidas estatales; también, desde luego, la competencia reservada por el artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE; una competencia que, para fijar las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos, ha servido al Estado como título legitimador, junto al resultante del artículo 149.1.18<sup>a</sup>, para proceder a la reforma de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 mediante la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales, se han efectuado.

Llegados a este punto, sólo resta hacer una puntualización a propósito de las previsiones estatutarias que, al atribuir a las correspondientes Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, expresamente dejan a salvo –«sin perjuicio» es la expresión que utilizan– lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución; una expresa salvedad que obliga a recordar que las libertades de circulación y de establecimiento afectan por igual a todas las autoridades y poderes públicos, sin que, por ello mismo, el Estado aparezca como único y exclusivo garante de las mismas. Dicho en otros términos: el artículo 139 de la Constitución no apodera al Estado con competencias que no resulten de lo dispuesto en el artículo 149 CE, lo que reiteradamente ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional [por todas, STC 95/1984, de 18 de octubre (f.j. 7)].

Con arreglo a lo expuesto, la regla delimitadora de las competencias en materia de Colegios Profesionales puede formularse ya definitivamente con absoluta seguridad. Las Comunidades Autónomas disponen de competencias normativas y ejecutivas para la ordenación de los Colegios Profesionales, si bien el ejercicio de esas competencias queda vinculado a la legislación que el Estado dicte al amparo de los referidos títulos competenciales.

### III

La regla competencial que resulta de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía –las Comunidades Autónomas disponen de competencia legislativa y ejecutiva en el marco de la legislación básica del Estado–, debe dar paso, no obstante, a la determinación subsiguiente del alcance de unas y otras competencias a la luz de los diversos aspectos que componen el régimen jurídico de los Colegios Profesionales. Una determinación, sin embargo, que, atendiendo al actual marco normativo regulador de los Colegios Profesionales, resulta verdaderamente compleja.

La complejidad se debe a dos causas que es preciso destacar debidamente. En primer término, a la propia indefinición constitucional de los perfiles que caracterizan a la institución colegial; una institución –no se olvide– que, configurada como materia, es el presupuesto mismo sobre el que opera la asignación de competencias al Estado y a las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, a la acción del legislador estatal, que no sólo no ha reajustado en su conjunto la Ley de Colegios Profesionales de 1974 al nuevo orden de competencias, sino que, al amparo de esa indefinición constitucional, no ha dejado de crear Colegios Profesionales que no se ajustan por completo al modelo colegial previsto en la propia Ley, con lo que resulta aún mucho más problemático poder deducir qué previsiones de la misma pueden considerarse materialmente básicas.

Por lo que se refiere a la primera causa, hay que tener presente que, según la jurisprudencia constitucional, de la Constitución no cabe colegir la existencia de un único modelo de Colegio Profesional. La STC 32/1984, de 20 de febrero (f.j. 4), ya afirmó que, aun cuando los entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos –a los que se refieren los artículos 36 y 52 del texto constitucional– pueden llegar a ser configurados como corporaciones de derecho público en determinados supuestos, lo cierto es que la Constitución no los configura directamente como tales. Algo más tarde, la STC 89/1989, de 11 de mayo (f.j. 5), sin perjuicio de admitir la constitucionalización de la existencia de los Colegios Profesionales, declaró que el artículo 36 de la Constitución se limita a imponer una reserva de ley para su regulación y a ordenar que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos, sin pre-determinar su naturaleza jurídica. Y de una manera definitiva, en la STC 330/1994, de 15 de diciembre (f.j. 9) se ha concluido:

«Interesa recordar que la Constitución no impone en su art. 36 un único modelo de Colegio Profesional. Bajo esta peculiar figura con rasgos asociativos pueden englobarse por el legislador estatal, en ejercicio de su competencia para formalizar normas básicas de las Administraciones públicas ex. art. 149.1.18 de la Constitución, situaciones bien distintas como son las que corresponden al ejercicio de funciones públicas en régimen de monopolio o de libre concurrencia en el mercado como profesión liberal, y



con colegiación forzosa o libre. Del mismo modo, no tiene por qué erigirse, en los supuestos legales de colegiación voluntaria, una inexistente obligación constitucional de colegiarse, en un requisito habilitante para el ejercicio profesional. Y es asimismo posible que los Colegios profesionales asuman la defensa de actividades profesionales que no configuren, en realidad, profesiones tituladas. Todos estos extremos pueden ser regulados libremente por el legislador estatal, desarrollando el art. 36, y con cobertura competencial en el art. 149.1.18, ambos de la Constitución».

Esta interpretación jurisprudencial aboca, desde luego, a la coexistencia, bajo la misma rúbrica de Colegios Profesionales, de realidades muy distintas, tantas que prácticamente imposibilitan reconocer la existencia de la institución colegial. Realidades que, a mi juicio, más allá del mero *nomen iuris*, en algunos casos determinan que los llamados Colegios Profesionales no presenten ya singularidad ni especificidad alguna por relación a lo que son simples entes asociativos. Pero es que, además, encierra en sí misma una contradicción difícilmente superable, por cuanto esa indefinición constitucional que permite al legislador estatal optar por muy diversos regímenes jurídicos, no parece compatible con el presupuesto argumental en el que se ha legitimado prioritariamente la competencia estatal sobre Colegios Profesionales: concretamente, su condición de Corporaciones de Derecho Público que, por ejercer funciones públicas relativas al ejercicio profesional, se asimilan a las Administraciones Públicas. De manera que la existencia de la competencia estatal para establecer las normas básicas del régimen jurídico de los Colegios Profesionales se fundamenta a partir de una determinada concepción jurídica de éstos y, sin embargo, simultáneamente, se reconoce que el legislador, en el ejercicio de esa competencia, puede configurarlos sin condicionamiento de ningún tipo. Como ha dicho la STC 386/1993, de 23 de diciembre (f.j. 3): «... no hay en la Constitución ningún precepto que establezca a favor de los Colegios Profesionales una concreta reserva material indisponible para el legislador, ni tampoco materias consustanciales a los Colegios Profesionales».

A esta primera dificultad se suma el hecho de que Estado no ha dictado una Ley básica de Colegios Profesionales. Y es que, sin perjuicio de algunas modificaciones (Ley 74/1978, de 26 de diciembre, y las más recientes efectuadas por el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, y posterior Ley 7/1997, de 14 de abril, se mantiene la vigencia de la Ley de Colegios de 13 de febrero de 1974, lo que, más allá de los preceptos de la misma declarados básicos por la D.F. 2ª de Ley 7/1997, de 14 de abril, plantea la duda de su aplicabilidad directa o supletoria.

Esa duda, por lo demás, se ha agravado en la medida en que la mayoría de las Comunidades se han dotado ya de su propia normativa, incorporando previsiones no siempre conciliables con la estatal. Se constata,

en efecto, la existencia de colisiones normativas que no dejan de suscitar inseguridad a la hora de tener que determinar si la normativa autonómica incurre en inconstitucionalidad, por extralimitación competencial, o si, por el contrario, resulta plenamente válida por no ser básicas las previsiones estatales que contradice. Pero también se constata que, aun cuando puedan depurarse interpretativamente esas colisiones, los perfiles característicos de la institución colegial tienden a difuminarse, lo que en cierto modo termina condicionando el alcance mismo del reparto competencial.

En este sentido, la determinación de las profesiones a las que puede extenderse la estructura colegial y la exigencia o no de colegiación para el ejercicio de las profesiones colegiadas, son, seguramente, dos cuestiones que, guardando entre sí una directísima relación, resultan bien demostrativas de lo que acabo de afirmar. A ello paso a referirme en la parte final de esta exposición.

#### IV

En relación con la configuración de nuevas profesiones colegiadas –es decir, aquéllas que se dotan de una estructura colegial–, el artículo 4.1 de la LCP se limita a sancionar el principio de reserva de ley y a reconocer la iniciativa de los profesionales interesados. Una regla que, a falta de otro contenido sustancial, también ha sido sancionada por la normativa autonómica, por lo que resulta necesario precisar a quien corresponde decidir si una determinada profesión se constituye o no como profesión colegiada y si en esa decisión deben observarse algunas condiciones previas.

En principio, de acuerdo con la legislación autonómica y ante la falta de norma estatal básica que contemple esta cuestión, en los ámbitos territoriales de las CCAA, y por relación a los profesionales que desarrollen su actividad en los mismos, la decisión parece que a ellas debe corresponder. Una decisión, además, que, con arreglo a la LCP de 1974, no está condicionada por exigencia alguna distinta a la de que se adopte por ley. De manera que al igual que el Estado puede extender la colegiación a cualesquiera profesiones tituladas o, incluso, no tituladas –aunque no es menos cierto que empieza a ser excepcional la existencia de profesiones no tituladas, dada la eclosión del sistema educativo y de los nuevos planes de estudio–, también las CCAA pueden hacerlo, si bien la generalidad de las Leyes autonómicas han condicionado la extensión de la colegiación a que se trate de profesiones –o actividades profesionales– que requieran titulación oficial.

Ahora bien, esa competencia autonómica para configurar nuevas profesiones colegiadas no deja de ser problemática. En la medida en que la colegiación condiciona –o cuando menos, debería condicionar– el ejer-



cicio profesional, resulta más que dudoso que las CCAA, al amparo de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de Colegios Profesionales, puedan adoptar tales medidas. En la práctica, ciertamente, no se han cuestionado las Leyes de creación de nuevos Colegios –de nuevas profesiones colegiadas, por tanto–; pero ello no es óbice para reconocer que, si se mantiene el alcance que a la competencia estatal relativa al ejercicio profesional se ha dado por la propia jurisprudencia constitucional, sólo al Estado tendría que corresponder la determinación de las profesiones colegiadas, obviando así que una misma profesión pueda ser colegiada en unos ámbitos territoriales y no en otros. La unidad de la profesión y la igualdad de derechos y deberes de los profesionales (artículo 149.1.1ª CE) queda en otro caso seriamente afectada. Incluso, desde la estricta consideración de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.18ª CE, podría mantenerse que si algún aspecto hay respecto del que no cabe dudar acerca de su carácter básico en la legislación estatal sobre Colegios Profesionales, es precisamente éste, el de la creación de nuevos Colegios Profesionales.

Es verdad, de todas formas, que el problema puede perder entidad si la extensión de la organización colegial no se acompaña de la exigencia de colegiación como requisito ineludible para el ejercicio profesional, o si, aun exigida, no se prevén, o no se adoptan, medidas efectivas contra aquellos profesionales que actúan sin estar colegiados. Una cuestión ésta en la que la debilidad del sistema resulta manifiesta, ya que no existe un mecanismo efectivo que garantice la obligatoriedad de la colegiación. La eliminación en el vigente Código Penal de la falta que el anterior Código tipificaba en el artículo 572 (que castigaba con multa al «titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación Oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito»), unido al hecho de que la potestad sancionadora de los Colegios no alcanza a quienes no forman parte de la Corporación, ha determinado, en efecto, un vacío que relativiza muy mucho el alcance efectivo de la colegiación obligatoria.

La exigencia o no de colegiación –cuestión central en el régimen jurídico de los Colegios Profesionales, tanto que bien puede afirmarse que de la posición que al respecto se adopte depende que pueda reconocerse la existencia de una estructura colegial y de una profesión colegiada propiamente dicha– encuentra, en principio, una respuesta clara y taxativa en el artículo 3.2 de la LCP. Desde su versión inicial, establece que «es requisito indispensable para el ejercicio de la profesión la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretende ejercer la profesión». Carácter obligatorio, por tanto, de la colegiación a los efectos del ejercicio de la profesión. Cuestión distinta es, ciertamente, el alcance de esa colegiación cuando la estructura colegial está organizada territorialmente, lo

que ahora debe quedar al margen de estas reflexiones. Pero lo que interesa destacar en este momento es el inequívoco pronunciamiento de la Ley estatal; un pronunciamiento que formalmente ha pasado a calificarse como norma básica (Disposición Final 2ª de la Ley 7/1997), si bien ese carácter básico parezca referido más bien a los efectos de la colegiación –colegiación única, en concreto– en el caso de que la misma sea exigible para el ejercicio profesional.

Las Leyes generales de Colegios profesionales que han dictado las CCAA no se apartan de la referida norma básica estatal. Sin embargo, aunque sea excepcionalmente, no han dejado de constituirse Colegios para determinadas profesiones sin que la adscripción colegial sea requisito obligatorio y condicionante del ejercicio profesional. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley de 8 de noviembre de 1985, de creación del Colegio Profesional de Periodistas de Cataluña, que, tras su modificación por la Ley 1/1988, de 26 de febrero, dispone que «el Colegio agrupa a los periodistas que lo solicitan». En otros casos, se adopta una calculada ambigüedad. Así, las diversas Leyes de Galicia, de creación de los Colegios de Periodistas (Ley 2/1999, de 24 de febrero), de Protésicos Dentales (Ley 4/1998, de 30 de junio), de Podólogos (Ley 12/1996, de 27 de diciembre), etc., nada establecen al respecto, limitándose a fijar las condiciones y requisitos de los que pueden acceder a la colegiación. Supuestos todos estos que automáticamente deberían conducir a considerar inconstitucionales las correspondientes Leyes autonómicas si no fuera porque tampoco han faltado Leyes estatales de creación de Colegios que han optado por configurar el requisito de la colegiación como voluntario (caso, por ejemplo, de los Colegios Oficiales de Geólogos o de las Corporaciones que agrupan a los auditores de cuentas, etc.). De este modo, es el propio legislador estatal el que, más allá de la declaración de la LCP, pone más que en entredicho el carácter básico de la referida exigencia. Por ello, difícilmente puede tacharse de inconstitucional la Ley autonómica que extiende la organización colegial a una profesión sin imponer la obligatoriedad de la colegiación. Y, por ello mismo, tampoco parece objetable que, en tales casos, las CCAA no puedan, en sus ámbitos territoriales, dotar a nuevas profesiones de esa estructura colegial, ya que desde el punto de vista del ejercicio profesional no se produce ninguna consecuencia efectiva que pueda afectar a la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1ª CE.

Si se prescinde, pues, de la colegiación obligatoria, se resuelve en gran parte el problema competencial. Pero, como vengo diciendo, las consecuencias para la institución son decisivas. Una profesión colegiada –dotada de una estructura colegial– que no obliga a los profesionales a colegiarse para ejercer la profesión no deja de ser un contrasentido, pues, en definitiva, tales Colegios, más allá del nombre dado, no pasan de ser meras asociaciones –cualificadas o de configuración legal si se quiere– o, incluso,

Corporaciones públicas, pero en forma alguna verdaderos Colegios Profesionales. Claro es que, de esa forma, se llega también a evitar el límite de la libertad negativa de asociación (artículo 22.1 CE), que, tal como ha señalado la jurisprudencia constitucional, obliga a justificar el interés público y las funciones concurrentes para que el profesional quede obligado a formar parte de la Corporación. Dicho en otros términos: lo que podría constituir un límite para el legislador –sea estatal o autonómico– a la hora de calificar a una profesión como colegiada, se soslaya no imponiendo la colegiación.

Se cierra de este modo el círculo, pero, insisto en ello, a costa de distorsionar por completo las características diferenciadoras –que dejan de existir– de los Colegios Profesionales. ■

# EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES TITULADAS Y LOS COLEGIOS PROFESIONALES

José M.<sup>a</sup> Baño León

Catedrático de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho.Valencia

## 1. El encuadramiento constitucional: la libertad de elección y de ejercicio profesionales

### 1.1. El principio de libertad y la reserva de ley

Cualquier análisis sobre el ejercicio de las profesiones tituladas y los Colegios Profesionales tiene que partir de un presupuesto inexcusable: la libertad de elección y de ejercicio profesionales. Constitucionalmente resulta obligado notar que estamos en presencia de un derecho fundamental, aunque no sea susceptible de amparo constitucional.

Como la libertad de empresa, la libre elección y ejercicio de profesión u oficio forma parte esencial del universo de la economía de mercado, pues se trata de una libertad fundamental, sin la cual difícilmente podría subsistir el orden económico. Y junto con la propiedad constituyen la tríada de los derechos básicos de la constitución económica.

Los artículos 35 y 36 CE consagran la perspectiva apuntada. Libertad para elegir la profesión u oficio en el artículo 35; remisión constitucio-



nal a la ley para que regule el ejercicio de las profesiones tituladas en el artículo 36. Más allá del tenor literal de los preceptos, no cabe duda alguna de que tanto la libertad de elección como de ejercicio están sujetas a la reserva de ley, lo que no impide que ésta se remita al reglamento con bastante amplitud.

Dos características destacan notablemente en la libertad de elección y ejercicio profesionales. La primera, se trata de un típico derecho de los que Jellinek denominaba negativos, es decir, que garantizan un cierto ámbito inmune al poder que sólo por la fuerza de la ley puede reducir o limitar las libertades profesionales. Pero ésta es la segunda característica, el campo que el legislador tiene a su disposición es vastísimo. La fijación del número y competencias de cada profesión, sean exclusivas o compartidas, los procedimientos para acceder a la profesión respectiva, la condición de su ejercicio dependen casi por entero del legislador, como reconoció tempranamente la STC 83/84 en estos términos: «no hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta...».

Trasladando las dos notas características a la relación entre ley y reglamento, puede decirse que las restricciones básicas al acceso y el ejercicio de la libertad profesional requieren de su previsión en una ley; pero el desarrollo de los contenidos de cada profesión es materia sustancialmente reglamentaria, como una y otra vez reitera la jurisprudencia: restrictiva cuando se trata de limitar la libertad del profesional (véase la STS de 18 de octubre de 1989, Ar. 7411, sobre las restricciones administrativas a la libertad de prescripción de los médicos, anulando una Orden del Insalud); muy comprensiva con los reglamentos cuando se trata de fijar los contenidos profesionales o los requisitos exigidos para acceder a los títulos profesionales (planes de estudios de los diversos títulos. Vid a título de ejemplo Ss del TS citadas *infra* II).

Esta diferencia sustancial ya notada en nuestra doctrina (F. López-Ramón; F. Sáinz Moreno) entre las restricciones o limitaciones a la libertad profesional (incluyendo lógicamente el *numerus-clausus* en el acceso a los estudios universitarios) y el desarrollo del ejercicio de una profesión, se pone también de relieve al analizar el grave problema de las limitaciones al acceso al ejercicio profesional a quienes ya disponen del título. En España la posesión del título universitario ha bastado por regla general para permitir el ejercicio de la profesión, pero cada vez se levantan más voces para exigir nuevos requisitos de acceso. En particular es una vieja petición de los Colegios de Abogados frente al acceso multitudinario de los licenciados en Derecho.

Bien mirado, las restricciones al ejercicio profesional de los titulados existían ya para la mayoría de las especialidades médicas y farmacéuticas, a través de la reglamentación del M.I.R., de modo que la simple titulación



en medicina no sirve para ejercer una especialidad si no se accede a través de la vía M.I.R. Ahora lo que se pretende, al menos por los Colegios de Abogados, es que el título de Licenciado en Derecho no habilite «*per se*» para el ejercicio profesional de la Abogacía, sino que requiera de pruebas complementarias.

Cualquiera que sea la solución que se postule de lo que no cabe la menor duda es que tendría que ser el legislador quien decidiera tal restricción. No cabe, a mi juicio, como infructuosamente se ha pretendido en algunos medios profesionales, que los Estatutos generales de la profesión establezcan estas limitaciones sin vulnerar abiertamente la reserva de ley del artículo 35 CE.

### 1.2. El condicionamiento del ejercicio de la profesión a la obtención de un título universitario: la evolución sociológica y jurídica de las profesiones

El legislador puede prever que determinadas profesiones sólo puedan ejercerse por quienes acrediten poseer un determinado título universitario. El artículo 36 dispone precisamente eso: «la ley regulará el ejercicio de las profesiones tituladas».

Tradicionalmente por profesiones tituladas se ha entendido las profesiones liberales universitarias, caracterizadas por ser ejercidas predominantemente en régimen autónomo y no de trabajo dependiente o por cuenta ajena, y por requerir además la previa obtención de un título universitario.

Desde un punto de vista sociológico, el estamento profesional (Max Weber) tenía unas características comunes netamente diferentes de los trabajadores, funcionarios y empresarios.

Hoy en día, aunque permanecen todavía algunos rasgos distintivos originales, la evolución de las profesiones ha modificado sustancialmente el panorama. Muchas profesiones virtualmente han visto desaparecer el ejercicio liberal o, al menos, se ha reducido sensiblemente. Los médicos y las profesiones técnicas, ilustran bien el fenómeno, de suerte que en estas profesiones predomina hoy en día el ejercicio dependiente (servicios de salud; Administraciones públicas; grandes empresas constructoras o de ingeniería). Por otro lado, frente al reducido número de profesiones que podía encontrarse en Europa a principios de siglo, hoy a las puertas del siglo XXI, existen una verdadera explosión de nuevos títulos profesionales y de nuevas profesiones. Basta una ojeada a las normas estatales sobre titulaciones, y nada digamos si nos asomamos al mercado, para contemplar un panorama muy distinto.

Naturalmente estas nuevas circunstancias sociológicas han influido sobremedida en la regulación jurídica, propiciando de un lado la hipertro-

fia de titulaciones y, por otro, rompiendo los elementos de homogeneidad de algunas profesiones.

Puede advertirse esta quiebra paradójicamente en los médicos, cuyos Colegios Profesionales se estructuran en secciones con intereses muchas veces contrapuestos.

En fin, la ruptura más llamativa de la estructura profesional tradicional la ha propiciado el principio de libre competencia. Algunos detalles del impacto de la libre competencia sobre las profesiones se analizan más abajo, bastará ahora con reseñar algunos de los rasgos tradicionales de las profesiones en Europa y su contraste con las ideas del mercado. La consideración tradicional de la profesión como actividad vocacional, en la que la idea de ganancia o lucro era residual (la propia palabra profesión, implica vocación; también en alemán «*Beruf*» viene de llamada o vocación); los profesionales no percibían un «precio» por sus servicios, sino honorarios («*ad honorem*»). El ejercicio profesional no se sometía a las reglas del mercado sino que predominaba la moral profesional (normas deontológicas). De ahí las limitaciones tradicionales a la competencia en los «honorarios» (prohibición de cobro por debajo del mínimo establecido) o las reglas, muchas veces simplemente prohibitivas, de la publicidad.

Ese estado de cosas ha tocado a su fin en Europa y se impone, con mayores o menores resistencias, un nuevo «*ethos*», basado en el análisis económico de la actividad profesional. Las reglamentaciones profesionales no desaparecen pero pierden su papel predominante en la ordenación de la vida profesional. Hoy en día prepondera la consideración de la actividad profesional como un mercado de servicios, basado en la libertad económica. Las regulaciones restrictivas no son la principal fuente del Derecho de las profesiones, sino el Derecho de la competencia. Éste es un fenómeno común a toda Europa y que ahora expresa jurídicamente el artículo 2.3 de la Ley de Colegios Profesionales (modificada por la Ley 7/1997): «Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia...». La libre competencia es, pues, la perspectiva dominante en la ordenación de las profesiones, cuya vertiente como actividad económica había quedado relegada en la regulación administrativa tradicional.

### 1.3. El condicionamiento del ejercicio profesional al alta en un Colegio Profesional

En las profesiones liberales clásicas se ha anudado el ejercicio profesional no sólo a la posesión del título correspondiente; se exige además el alta en el Colegio Profesional.

La regulación jurídica de los Colegios Profesionales en muchos paí-



ses europeos, como prueba la investigación comparada de José Luis Carro, se ha caracterizado por la heterogeneidad normativa y la reducción de los Colegios o entidades equivalentes a unas pocas profesiones. No existe una normativa de Colegios Profesionales, sino normas específicas sobre cada profesión, con una organización peculiar.

España es una excepción a esta tónica general desde el año 1974. La Ley de Colegios Profesionales no tiene parangón. Su origen sin embargo no obedece tanto a una tradición legislativa distinta, sino a las particulares circunstancias políticas del último periodo del franquismo que ha sido bien analizado entre nosotros (E. García de Enterría, T. R. Fernández, M. Baena del Alcázar, J. M. Sánchez Saudinos, L. Calvo Sánchez).

La Ley de 1974 que pervive a pesar de las numerosas intervenciones quirúrgicas de que ha sido objeto sienta el principio general del alta en el Colegio profesional como requisito «*sine qua non*» para ejercer la profesión, de modo que si una profesión se agrupa en un Colegio profesional la colegiación es condición previa al ejercicio.

Esta exigencia de colegiación obligatoria que puede aparecer como muy lógica en atención a la condición de Corporación de Derecho público de los Colegios, no se cumple en realidad en la práctica en todos los casos, tanto por la especial naturaleza de algunos colegios (que no agrupan en puridad a profesionales: por ejemplo, Colegio de Doctores y Licenciados; de Ciencias Químicas; Colegios Profesionales de funcionarios como el de Notarios, Registradores, o el de Secretarios de Ayuntamientos) como por la circunstancia de que las leyes constitutivas de algunos Colegios expresamente prevén que el alta sea voluntaria.

El Tribunal Constitucional ha establecido la constitucionalidad de esta posibilidad al tiempo que ha proclamado también la conformidad con la Constitución de la afiliación obligatoria (S. 89/1989, cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 3.2. de la Ley de Colegios Profesionales; 131/1989, obligación de afiliación de médicos; 35/1993, colegiación A.T.S.). En la última de las sentencias citadas el Tribunal resuelve una cuestión bien delicada que pone de manifiesto la profunda transformación de los Colegios, pues considera que los médicos, aunque trabajen exclusivamente para entes públicos, deban darse de alta en el Colegio, en razón del control deontológico que corresponde a este último y sin perjuicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública de la que dependen.

Pero como es nota común al ordenamiento de los Colegios Profesionales, tampoco ha existido coherencia en el legislador para prever las consecuencias jurídicas del incumplimiento. Desaparecida la falta penal prevista en el artículo 572 del Código Penal de 1973, no existe sanción administrativa eficaz contra la inobservancia del deber de colegiación. Los Colegios no pueden sancionar más que a sus colegiados y el infractor de aquel

deber no lo es; no hay norma administrativa que tipifique la infracción y tampoco existe cooperación entre la Administración y los Colegios, por lo que demuestra la jurisprudencia, que actualmente sigue insistiendo en la obligación de darse de alta en el Colegio para ejercer la profesión (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1997, Ar. 4284, facultativo de la Seguridad Social). Por lo demás, no cabe subsumir la falta de colegiación en el delito de intrusismo que persigue a quienes no tienen título profesional.

#### 1.4. El condicionamiento del ejercicio profesional a la obtención de un título no universitario

Es perfectamente lícito constitucionalmente que el legislador sujete el inicio de una actividad profesional a la obtención de un título administrativo y no universitario. La Constitución atribuye al Estado (art.149.1.30) la competencia precisamente para «obtener, expedir y homologar títulos académicos y profesionales».

Dentro de estos títulos administrativos, debe distinguirse entre los que propiamente conforman una profesión (por ejemplo Gestor administrativo; Agente de la propiedad inmobiliaria) y aquellos que acreditan una aptitud o habilidad profesionales que no implican la regulación de una profesión exclusivamente.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece tender a reducir el concepto de título a los universitarios, de manera que el concepto de título profesional perdería importancia. La STC 122/1989, *Guías de turismo de Cantabria*, relativa a un conflicto de competencias, atribuyó la titularidad de la competencia sobre guías a Cantabria estimando que al Estado compete sólo las profesiones tituladas y subrayando que «no todas las actividades laborales, los oficios y las profesiones en sentido lato son o constituyen profesiones tituladas»; al tiempo recordaba su S. 42/1986 en la que definía a estas últimas como aquellas «para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiéndose por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia».

Respalda esta posición la STC 111/1993, y otras muchas posteriores, las cuales consideran contrario al principio de legalidad penal la condena por intrusismo del artículo 321 del Código Penal de 1973, a quien ejerce una profesión sin ostentar «título profesional», pues entienden que el Código Penal de 1973 sólo castigaba a quien ejercía una profesión para la que se requiriera título académico sin tenerlo. Según el Tribunal, el artículo 321.1 del Código Penal sólo se refiere a las profesiones que «por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia –vida, integridad corporal, libertad y seguridad– no sólo necesitan para su ejercicio la rea-



lización de aquellos estudios que requieran la posesión de un título universitario *ad hoc*, sino que también merece la especial protección que garantice el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiera imponer una lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos». En los mismos términos se pronunció la STC 150/1997 respecto a los Gestores administrativos.

Sorprendentemente el Código Penal de 1995, en su artículo 403 castiga no sólo a quienes *no ostentan «título académico»* sino «título oficial»:

«El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.»

Y como se ha notado en la doctrina penalista (por todos, J. Boix Reig / E. Orts Berenguer) e incluso en la instrucción 2/1996, de la Fiscalía General del Estado, el Código califica de intrusismo el ejercicio sin título de actividades que están sujetas exclusivamente a título profesional, no académico (v. gr. gestores administrativos o los A.P.I.).

Resulta en verdad sorprendente que el Código Penal haya querido reafirmar la tutela penal frente a los títulos no académicos después de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máxime tratándose de un Código que invoca por doquier el principio de intervención mínima.

## 2. La ordenación profesional y los colegios profesionales

Más sorprendente, en fin, resulta esta apelación a la tutela penal renovada de las profesiones con título no académico si se contrasta con la amplísima jurisprudencia de la Sala 3ª relativa a los títulos de formación profesional que en algunos casos se refieren a profesiones con un gran campo en el mercado (por ejemplo técnico ortoprotésico o técnico superior en levantamiento y desarrollos urbanísticos). El Tribunal Supremo ha establecido una doctrina muy consolidada en relación a la impugnación de esos títulos que puede resumirse del modo siguiente:

a) El Tribunal Supremo rechaza, en primer lugar, que la audiencia a las organizaciones profesionales en la tramitación de estas disposiciones sea preceptiva. Aunque se trata de una cuestión procedimental, el argumento de base no es irrelevante: la disposición impugnada establece *un título de formación profesional (no universitario) y no afecta al patrimonio profesional, ni a los intereses corporativos que defienden las entidades recurrentes.*



Con respecto al Real Decreto que estableció el título de Técnico Superior en levantamientos y Desarrollos Urbanísticos, la Sentencia de 14 de mayo de 1997 (Ar. 4370) lo expresa en los siguientes términos:

*«Ni por la razón del contenido de la norma impugnada, ni por razón de la naturaleza del título que establece, de formación profesional, diferenciado y no confundible con el título universitario de Arquitecto, se llega a la conclusión de que aquella afectara a los intereses de carácter corporativo representados o defendidos por los Colegios Oficiales cuyo Consejo General acciona en este proceso, cuya audiencia por tanto en el procedimiento de elaboración de la norma no devenía preceptiva. Con otras palabras, el Real Decreto impugnado no afecta al «patrimonio profesional» de los miembros de los Colegios cuyos intereses defiende el Consejo General demandante. Sus alegaciones sobre las facultades de proyecto a que hace referencia en el apartado 2.3.2 del Anexo del Real Decreto («Entorno funcional y tecnológico»), donde se consideran como ocupaciones o puestos de trabajo tipo más relevantes, entre otros, los de «proyectista de obras civiles» y «proyectista de urbanismo», no pueden tener el alcance que pretenden. Para darse cuenta de que no hay invasión de atribuciones profesionales de los Arquitectos basta con leer el apartado 2.1.3 («Responsabilidad y Autonomía») del mismo Anexo, en el que se dice textualmente: «El Técnico en Levantamientos y Desarrollos Urbanísticos se integrará en los departamentos de proyectos o de ejecución, dependiendo orgánicamente de los responsables de los mismos (jefe de proyecto, jefe de obra)».*

b) En cuanto a la reserva de ley sobre el ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36 CE), el Tribunal afirma que no hay posible confusión entre las funciones previstas en los títulos de formación profesional y las de las organizaciones profesionales recurrentes, pues los respectivos títulos amparan ámbitos específicos de competencias. Las disposiciones impugnadas se limitan a regular el derecho al título, las específicas enseñanzas que hay que superar para su obtención, así como las capacidades profesionales que se reconocen como inherentes al mismo; *no se define una profesión, ni se exige la posesión de un título para su ejercicio*. Así lo expresa la Sentencia de 17 de marzo de 1997, Ar. 2443:

*«Y por lo que se refiere al segundo motivo de impugnación, ese mismo estudio del Real Decreto 811/1993 pone de manifiesto que en él no se define una o unas profesiones cuya posibilidad de ejercicio se subordine jurídicamente a la posesión del título que establece; dicho muy sintéticamente, lo que en él se hace es definir y organizar las enseñanzas mínimas que conducen a su obtención, y definir cuál es el perfil profesional asociado al título, es decir, las acciones o realizaciones profesionales con valor y significado en el empleo que cabe esperar de quienes obtengan el título. El efecto jurídico de la norma se limita por tanto a regular el derecho al título, que se adquiere por la superación de las específicas enseñanzas que se establecen y organizan, y a reconocer como inherente a él unas determinadas capacidades profesionales. No regula el ejercicio de una profesión titulada, esto es, de un empleo, facultad u oficio que deja de ser libre por quedar su ejercicio subordinado a la posesión de un título, ni penetra por tanto en el ámbito jurídico constitucionalmente reservado a la ley».*

En términos muy similares, la Sentencia de 30 de mayo de 1997 (Ar. 4451):

«Tal pretensión no puede tener acogida, porque una cosa es definir los campos de actuación de un titulado, que han sido identificados mediante el análisis de los procesos productivos realizados por expertos en este campo profesional y con su participación, y otra muy distinta es regular una concreta profesión. Además, no se dice en el Real Decreto, que para el ejercicio de la profesión en tales campos sea preciso el título que regula, sino que se limita a cumplir el mandato contenido en el artículo 35 de la LOGSE de establecer los títulos correspondientes a los estudios de formación profesional, para hacer realidad la finalidad perseguida –art. 30.2– de «preparación de los alumnos para la actividad de un campo profesional». Si en el artículo 30.4 se señala que «la formación profesional específica comprenderá un conjunto de ciclos formativos con una organización modular, de duración variable, constituidos por áreas de conocimiento teórico-prácticas, en función de los diversos campos profesionales», mal podía llevarse a cabo esta relación si tales campos no estuvieran previamente determinados por el Gobierno, al regular cada título conforme a la habilitación que le otorga el mencionado artículo 35, que, por lo demás, dado su carácter marcadamente técnico y preciso, pueden escapar a la misión más genérica de la Ley».

c) Y, en fin, se rechaza que la definición del ámbito competencial de los titulados en formación profesional lesione el honor y la imagen de los titulados superiores, no sólo porque este derecho fundamental no tiene nada que ver con el uso de un título universitario, sino por la supremacía profesional y científica de los profesionales titulados sobre los técnicos de formación profesional.

«La referencia que se hace a una lesión del derecho fundamental a la propia imagen, que se ocasiona, a juicio del recurrente, a los Ingenieros Técnicos Industriales con el establecimiento del Título Superior en Curtidos, carece de base sustancial, pues, aparte de tener tal derecho un contenido ligado al honor individual, en nada afectado por la norma en cuestión, la hipotética lesión no se produce cuando la intromisión está autorizada por la Ley, cual es el caso –art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil de este derecho–, bastando mencionar las indicaciones contenidas en el Anexo del Real Decreto impugnado, de que estos técnicos están llamados a actuar en determinados campos bajo la supervisión general de técnicos y/o profesionales de nivel superior al suyo, para poner de manifiesto la supremacía profesional y científica que se atribuye a unos sobre los otros; quedando salvadas, por otra parte, las relaciones mutuas, con la mención que se hace en la disposición adicional única del Real Decreto 736/1994, del «respeto al ámbito del ejercicio profesional vinculado por la legislación vigente a las profesiones tituladas».

Así pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido con acierto que la posesión de un título de formación profesional no puede equipararse a la de un título académico que da acceso a una profesión titulada. Estos títulos sólo implican la aptitud de una persona para desarrollar



una actividad, pero no constituye la regulación de una profesión ni denotan exclusividad: el ámbito de actividad al que afecta el título está abierto a la libre iniciativa personal. El contraste es muy acusado respecto a la tendencia manifestada por el Código Penal, pues si se protegen títulos profesionales y no simplemente los académicos se está considerando implícitamente que la realización de ciertas actividades queda condicionada a la posesión de un título. Nuestra doctrina penalista ha observado que «el interés público del Estado constituye el bien jurídico protegido» en el delito de intrusismo», pues «el Estado se ha arrogado la exclusiva para otorgar los títulos que facultan para el desempeño de determinadas profesiones» (BOIX/ORTS, quienes dudan de que el intrusismo «*per se*» sea de digno de tutela penal, si no se causa «un quebranto de intereses particulares o generales»). Obviamente a nuestro juicio ello presupone que el título profesional faculta exclusiva o concurrentemente con otros títulos al ejercicio de determinadas actividades. Y éste es el punto nuclear de la cuestión: me parece que títulos profesionales como los de formación profesional o típicamente administrativos como los de gestores administrativos o los de Agentes de la propiedad inmobiliaria no constituyen el campo propio de una profesión basada en una determinada «*lex artis*» sino simples actividades reglamentadas para las que el título constituye simplemente una presunción de aptitud y no la exclusiva total o parcial sobre el ejercicio de determinadas actividades.

### 3. Los colegios profesionales y las profesiones tituladas

#### 3.1. La garantía constitucional de la institución colegial

El sinnúmero de interrogantes que plantea esta compleja materia en la que no existen en la práctica unos principios vertebradores claros se puede ejemplificar también a propósito de los Colegios Profesionales. Tanto del artículo 36 de la Constitución como del origen histórico de los Colegios (Baena del Alcázar, T. R. Fernández, L. Calvo) cabría deducir un principio general que se expresaría en una ecuación: Colegios Profesionales es equivalente a la organización pública de una profesión titulada, es decir, de una titulación académica que consecuentemente con lo antes expuesto habilitaría en exclusiva para el ejercicio de una determinada actividad que requiera unos conocimientos más o menos especializados («*lex artis*»).

Pero situados en el alféizar de la realidad la ecuación resulta incorrecta. Hay títulos universitarios que no habilitan para el ejercicio de una profesión, en el sentido que este término tiene de actividad reservada a quienes poseen el título, (Licenciado en Historia o en Filosofía y Letras, pues se puede ser historiador o filósofo sin contar con el título) pero tienen Colegio Profesional. Y viceversa: hay Colegios Profesionales que agrupan

no a quienes ostentan un título académico, sino simplemente profesional (mediadores de seguros, gestores administrativos, A.P.I., Colegios de tipo funcionarial, etc. ).

Esta realidad tiene amparo legal en el artículo 3.1. LCP que emplea la expresión «titulación requerida» sin exigir que sea titulación universitaria y, sobre todo, en la derogación expresa del artículo 1.2.c que llevó a cabo la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, precepto que delimitaba el ámbito subjetivo reduciéndolo a los Colegios que se constituyeran por titulados universitarios (L. Calvo). La derogación, pues, no podría tener otro sentido que ampliar el concepto de Colegio Profesional, a todas las titulaciones, aunque puede discutirse «*lege ferenda*» la oportunidad de tal solución.

Por lo demás tanto o más grave es para la «identidad histórica» de estas Corporaciones (si es que de tal puede hablarse) la apertura de la institución colegial a titulados universitarios, que en rigor no ejercen una profesión «*sensu strictu*», que la creación de Colegios de profesionales no titulados universitarios. Aún podría decirse que el primer fenómeno es más sorprendente que el segundo, pues históricamente el origen de estas Corporaciones se vincula al ejercicio de las profesiones liberales.

A la vista de la heterodoxia de muchos Colegios existentes respecto de la tradición histórica, es obligado pronunciarse sobre el alcance del artículo 36 CE, en particular en lo relativo al sentido que deba darse al concepto de Colegio Profesional.

Es difícilmente discutible, aunque el precepto no tenga parangón en el Derecho comparado (Sáinz Moreno, Saudinos) que el artículo 36 establece una garantía institucional de los Colegios Profesionales. El mandato de la Constitución al legislador es terminante: «La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas». En consecuencia y al hilo de lo que el Tribunal Constitucional ha proclamado respecto a otras instituciones reconocidas constitucionalmente, el legislador no podría prescindir totalmente de la institución ni desvirtuarla al punto de que no fuera «reconocible para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC de 25 de julio de 1981). Aunque sea aventurado interrogar a la «conciencia social» del momento, siguiendo los desarrollos de la doctrina alemana de la garantía institucional, bien puede decirse que el límite que no podría vulnerar el legislador es cercenar el margen de autonomía de los Colegios Profesionales frente a la Administración, pues en verdad se trata de instituciones que encierran la misma idea que la ley reconoce a determinadas agrupaciones (Corporaciones), la capacidad de autoadministrarse. El autogobierno, con todos los límites que quieran establecerse, es la cifra misma de estas instituciones que ejercen determinadas funciones públicas.



Ahora bien, como ocurre con otras garantías institucionales (entes locales, universidades) el aval constitucional no alcanza a los concretos sujetos titulares de esa garantía. Los entes locales, las universidades, los Colegios Profesionales en concreto son producto del legislador y de la misma forma que son creados pueden desaparecer. La Constitución tampoco exige que sólo agrupen a los profesionales con título universitario. El margen de maniobra del legislador es amplísimo y, de hecho, tanto el Estado como, sobre todo, las Comunidades Autónomas, han dado pruebas sobradas de la creación de Colegios Profesionales variopintos (desde los que agrupan a los licenciados universitarios que no ejercen profesión alguna hasta los detectives o los periodistas) sin que pueda predicarse tacha de inconstitucionalidad alguna, por más que se esté produciendo una hipertrofia colegial.

### 3.2. Los Colegios como Corporaciones de Derecho Público.

#### La ambigüedad de su calificación como entes sectoriales de base privada

Los Colegios, como nos consta, tienen un estatus constitucional, de suerte que el legislador no puede con carácter general hacer tabla rasa de la institución colegial. Pero jurídicamente su creación, modificación y extinción son siempre consecuencia de un acto normativo del poder público, al margen del substrato sociológico que animan a estas Corporaciones, como ocurre típicamente con otros entes públicos, como son las Corporaciones locales (en particular los Municipios).

A partir del Código Civil, es indudable que las Corporaciones de Derecho Público no pueden confundirse con las asociaciones (como probó contundentemente G. Fernández Farreres). La recepción por el Tribunal Constitucional de la doctrina de E. García de Enterría y T. R. Fernández sobre el carácter de Corporaciones de Derecho público con base sectorial privada puede haber ayudado a cierta confusión, propiciada además por la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Cámaras de Comercio. Pero, en mi opinión y comparto las tesis de los profesores Fernández Farreres, Fanlo Loras, y Rebollo Puig/López Benítez, el carácter de Corporación demuestra que el fondo asociativo no es jurídicamente el relevante. Los Colegios son Corporaciones públicas cuya existencia individualizada depende en definitiva del criterio del legislador. Es indiscutible que sociológicamente son la expresión histórica –y aún actual– del deseo de agrupación de algunos profesionales, pero su existencia va anudada a la decisión del legislador (Vid STC 179/1994).

Por lo mismo, no cabe deducir de su régimen jurídico diferencias sustanciales con otros entes públicos. Que sus contratos, su patrimonio o el régimen presupuestario no se someta al Derecho público no significa en



absoluto que sea equivalente al de una asociación, pues queda al arbitrio del legislador. Debe notarse, en fin, que el Tribunal Constitucional ha consagrado la competencia básica del Estado sobre Colegios en el artículo 149.1.18<sup>a</sup> CE, es decir, precisamente en el hecho de que sean Administraciones públicas («bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento común») y le sean aplicables los principios del procedimiento administrativo. (STC 76/1983, de 5 de agosto, LOAPA; 20/1998, de 18 de febrero sobre el mismo asunto y 330/1994, de 15 de diciembre, Mediadores de Seguros).

Por lo demás, como ya se ha comentado, el contexto histórico en que aparece la doctrina de las Corporaciones de base sectorial privada es muy diferente al actual. Es claro que sería inconstitucional la privación a los Colegios de un mínimo de capacidad de autogobierno, pero no lo sería, según creo, que se sometieran algunos de sus aspectos económicos o el régimen de contratación del personal o algunos de sus contratos a controles de derecho público. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se ha propugnado la aplicación a estas Corporaciones de diversas normas de la Ley 30/92 aunque no están contemplados en los estatutos, aplicación que sólo es entendible si se refiere a entes públicos (Vid SSTs de 3 de noviembre de 1988, Ar. 9264; 5 de febrero de 1996, Ar. 987; 8 de julio, Ar. 7253, aplicando la responsabilidad administrativa).

El origen legal de la personificación de los Colegios como Corporaciones de Derecho público explica también que no sea aplicable a la adscripción obligatoria de sus miembros, la libertad de asociación en su vertiente negativa (G. Fernández Farreres), aunque el Tribunal Constitucional no siempre haya acertado a expresarlo con la claridad suficiente. Esta solución es idéntica a la proclamada en el Derecho Alemán, donde los Colegios Profesionales tienen precisamente el carácter de Corporaciones de Derecho Público.

### **3.3. La personificación pública de los Colegios y el debilitamiento de las funciones públicas que tradicionalmente se le han atribuido**

Al margen de circunstancias históricas que explican la eclosión de Colegios Profesionales durante el franquismo (fidel a las ideas más o menos precisas del Estado corporativo) la proliferación actual de Colegios Profesionales responde más a un afán de las nuevas profesiones en obtener un estatuto que los singularice en el mercado, que al efectivo ejercicio de funciones públicas, que es el sello de contraste de los Colegios tradicionales.

No conviene olvidar que en los países anglosajones (particularmente en EE.UU.) la inexistencia de entes públicos representativos de las profe-

siones no ha impedido el nacimiento de poderosas asociaciones de profesionales que virtualmente ordenan la profesión y se encargan de asegurar la deontología profesional, por cierto con más ahínco que el que es usual entre nosotros. Pues bien, en España se ha asociado siempre la deontología profesional y el control de la misma con la existencia de un Colegio profesional, de manera que toda profesión que quiere consolidarse intenta hacerlo mediante la creación de «su» Colegio (Souviron Morénilla). Diríase que a pesar de la crítica a que los Colegios fueron sometidos en los primeros años de la democracia, han seguido conservando entre los sectores profesionales no vertebrados colegialmente un aura de prestigio, una suerte de sello de calidad.

De manera que la constitución de muchos nuevos Colegios prescinde de algunas notas tradicionales: la incorporación puede ser de hecho o de derecho voluntaria, frente a la adscripción obligatoria; la desvinculación del Colegio del ejercicio de una profesión hace virtualmente inaplicable el régimen deontológico que sólo se justifica en una «*lex artis*» previa; las funciones públicas atribuidas a muchos Colegios se reducen a una cierta representatividad ante la Administración.

Podría aventurarse que algunos nuevos Colegios buscan ante todo el reconocimiento social de la profesión más que el ejercicio de funciones públicas que son en muchos casos inexistentes. Piénsese paradigmáticamente en un Colegio de Periodistas, que tiene mucho de asociación representativa de intereses más que de Corporación para la ordenación de una profesión.

#### **3.4. Las cuotas obligatorias y el intrusismo legal: dos ejemplos de la heterogeneidad de los Colegios y de la dificultad de reducirlos a una disciplina unitaria**

La heterogeneidad de los Colegios, el hecho de que bajo el ropaje de una Corporación de Derecho Público actúen en el mercado, por un lado, Corporaciones profesionales cuyo substrato es una profesión basada en el conocimiento de técnicas específicas y, por otro, Corporaciones que asocian a titulados con intereses comunes, pero que no son profesionales, explica la dificultad del análisis jurídico.

Así en relación a las cuotas obligatorias, expresión de una adscripción forzosa, los problemas sólo son aplicables a los Colegios Profesionales puros, es decir, aquellos que representan a un grupo profesional (Abogados, Médicos, Arquitectos, Ingenieros) pero carece de significación en el caso de Colegios que de hecho o de derecho son voluntarios porque no representan a una profesión (Licenciados en Filosofía y Letras o en Químicas). Observemos por lo demás que esas cuotas, no obstante exigirse

ante la jurisdicción civil, son indudablemente exacciones públicas para-fiscales.

En cuanto al intrusismo profesional, bastará citar dos hechos. El primero que no existe norma alguna que castigue la falta de colegiación (aunque algunos Estatutos han querido imponer multas retroactivas, como cuenta L. Calvo). El segundo dato es que el intrusismo sólo puede tener sentido en los Colegios que agrupan a profesionales pues difícilmente puede hablarse de intrusismo si no existe un título que habilita para una profesión (podrá hablarse penalmente de falsedad pero no de intrusismo).

#### 4. El impacto del derecho de la competencia sobre los colegios profesionales

Sin duda la irrupción del Derecho de la Competencia sobre los Colegios Profesionales es la novedad llamada a tener –ya está teniéndolo– un mayor impacto en las atribuciones colegiales.

La impronta de un Colegio profesional la marca la regulación de la actividad profesional, y ésta giraba sobre dos pivotes: las reglas deontológicas y la fijación más o menos clara de honorarios mínimos. Ambos extremos han sido profundamente afectados por la disciplina de defensa de la competencia: toda actividad colegial que tenga repercusión económica queda sujeta al Tribunal de Defensa de la Competencia. La reforma de la Ley de Colegios Profesionales por la Ley 7/1997 es sin duda la de mayor calado desde el año 1978, virtualmente toda la actividad de los Colegios puede ser escrutada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y los Colegios como cualquier otro operador económico deben abstenerse de cualquier acuerdo colusorio o solicitar previamente la autorización correspondiente.

La Ley 7/1997 introduce dos preceptos capitales. El artículo 2.1. párrafo 2º, dice que:

«el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable»

Y el mismo artículo 2 en su apartado 4º advierte que:

«los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 17/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley.



Se exceptúan y, por tanto, no requerirán de la referida autorización singular, los convenios que voluntariamente puedan establecer, en representación de sus colegiados, los Colegios Profesionales de Médicos, con los representantes de las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria, para la determinación de los honorarios aplicables a la prestación de determinados servicios».

Si bien antes de esta modificación legal, el TDC había mantenido la sumisión de los Colegios a la ordenación de la libre competencia, los preceptos nuevos refuerzan el papel del Tribunal. Todo acuerdo colegial con relevancia económica queda sujeto a la legislación de defensa de la competencia. Hasta ese momento la regla general era que sólo quedaban sujetos al TDC los actos colegiales que no pudieran ampararse en las competencias atribuidas por la Ley de 1974 o por los Estatutos dictados en cumplimiento de las previsiones de la Ley (artículo 2 Ley de Defensa de la competencia).

Puede distinguirse tres grandes fases en la evolución legislativa. La primera que comprende hasta la Ley 16/1989, de 28 de diciembre, de Defensa de la Competencia, caracterizada por la exclusión casi absoluta de los Colegios de la libre Competencia. Esta fase por lo demás viene definida por la poca importancia del TDC, cuyo ideario era difícilmente compatible con un régimen económico sumamente intervenido y regulado por razones políticas.

La segunda fase arranca de la nueva ley. La doctrina gira alrededor del artículo 2º de la Ley que excluye del ámbito de aplicación de las normas de competencia los acuerdos o restricciones que estén amparados en una Ley o en normas dictadas en aplicación de la Ley. La vigencia de la Ley de Colegios Profesionales obliga a determinar en cada caso si el acuerdo del Colegio Profesional está o no amparado en una Ley.

Las normas de competencia de conformidad con la jurisprudencia comunitaria parten, no obstante, esta limitación de la LDC, de que los profesionales son operadores económicos y que no están excluidos por el carácter de su actividad de las reglas de mercado. Por eso –es importante notarlo– lo que se aplica es una excepción y no un régimen peculiar.

La libre competencia opera transversalmente sobre todos los operadores del mercado, independientemente de que sean sujetos públicos o sujetos privados y de la forma que adoptan (entes públicos, entes públicos sujetos al Derecho privado, sociedades, asociaciones o corporaciones). Por tanto, en principio, pertenece al Derecho de la competencia la determinación de si un agente actúa en el mercado y qué efectos produce en la competencia. El Derecho público puede eximir por virtud del artículo 2 LDC a un acuerdo restrictivo de la libre competencia del control del TDC (no de la Unión Europea), pero no cambia la naturaleza de las cosas. Y si una Administración o una Corporación de Derecho Público

actúa como agente en el mercado o no, si tiene efectos económicos es materia atinente en exclusiva al análisis «antitrust».

En consecuencia, como hemos defendido en otro lugar, la Ley se aplica a las conductas de cualquier sujeto u organización que intervenga en el mercado, prescindiendo de su personalidad. Ello abarca también a la Administración Pública en la medida en que ésta actúe como oferente o demandante en el mercado. Se sigue en esto un concepto funcional de empresa. La Ley (art.2º) exige aquellas conductas restrictivas, con excepción del abuso de posición dominante (art.6º de la LDC), que deriven necesariamente de la ley o de un reglamento dictado en su ejecución.

La Ley, pues, al excluir los acuerdos y prácticas exigidas por una norma de rango legal, está indudablemente reconociendo que el hecho de la condición personal o institucional, pública o privada, de quien realiza la práctica es indiferente para la aplicación de la LDC. Lo que cuenta, en rigor, es si se está en presencia de una actividad empresarial, en el sentido funcional que antes se ha expuesto de intervención o mediación en el mercado, y si una ley prevé o no la restricción de la competencia.

Sin embargo, alguna Sentencia de la Audiencia Nacional subraya que en las materias sujetas al Derecho Administrativo no cabe la libre competencia. La SAN de 16 de mayo de 1998, *Unión de Cirujanos taurinos*, dice lo siguiente:

«Por ello puede concluirse (tal como lo hacía esta misma Sala y sección en la Sentencia de fecha 23 de febrero de 1998 en el recurso 736/94) que cuando la Administración Pública actúa sometida al derecho administrativo no se encuentra sometida al principio de libre competencia (ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de derecho público que ocupa), pero que otra cosa es cuando actúa sometida al derecho privado y al margen de la habilitación legal de potestades, momento en la cual, no puede someter a los preceptos de la Ley 16/89».

Y más adelante señala:

«Por tanto, la función del reconocimiento de la colegiación (o la denegación de la misma) es una función claramente pública de aquellas que realizan los colegios en el ejercicio de las facultades que le son propias y cuya revisión se encuentra sometida a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa».

Frente a esta reacción jurisdiccional que, a nuestro juicio, carece de fundamento, pues lo que debía analizar la Sentencia es si el ejercicio de la potestad administrativa justificaba o no la restricción de la competencia, la modificación de la Ley de Colegios Profesionales pone de manifiesto –y ésta sería la fase actual– que el entero ordenamiento de los Colegios queda sujeto en cuanto tenga relevancia económica a la LDC. El régimen de honorarios, el visado profesional, y cuantos otros actos pueden dictar los Colegios se someten al análisis «antitrust». Lo más relevante no es tanto



que expresamente se haya suprimido los honorarios vinculantes o la limitación del visado a aspectos estrictamente técnicos, como el hecho de que cualquier acuerdo colegial, aunque recaiga en el ámbito de sus competencias, puede ser fiscalizado por el TDC si tiene relevancia económica. Virtualmente toda la actividad de los Colegios puede ser escrutada por el Tribunal. Piénsese simplemente en las normas deontológicas, verdadero contenido esencial de la materia propia de un Colegio Profesional. Aparentemente nada más alejado del Derecho de la competencia. En la práctica no es así, basta que se considere que la norma deontológica produce un efecto restrictivo en el mercado para que se abra la puerta al análisis «antitrust».

La reciente resolución del TDC de 18 de enero de 2000, *Reglamento de Publicidad de los Abogados*, confirma esta nueva vuelta de tuerca a los Colegios Profesionales. La resolución sanciona al Consejo General de la Abogacía con una multa de treinta millones de pesetas por infringir el artículo 1 LDC (pactos y acuerdos colusorios de la competencia). Estima el TDC que el reglamento restringe la competencia al limitar e incluso prohibir determinados canales de publicidad restringiendo las posibilidades de competencia entre los abogados. Para la resolución «tal restricción no actúa sólo en detrimento de los consumidores, sino que también constituye una barrera de entrada para nuevos profesionales y limita la posible expansión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer».

Conviene notar en un análisis elemental de la resolución lo siguiente:

a) Pertenece a la competencia del Tribunal establecer si el Reglamento de Publicidad, vale decir cualquier acto o acuerdo colegial tiene «trascendencia económica». Esta declaración nos parece impecable. Lo hemos defendido en otras ocasiones: el hecho de que se actúe en el ejercicio de una función pública no impide el análisis desde la perspectiva de la competencia si produce un efecto en el mercado.

b) No obstante lo anterior, falta en la resolución del Tribunal un análisis exhaustivo de las peculiaridades del mercado analizado (difícilmente podrá decirse que no hay competencia entre los Abogados, y lo mismo puede decirse de otras profesiones) y de la medida en que la ordenación profesional puede exigir ciertas restricciones a la publicidad. Recuérdese que la STEDH «*Casado Coca*» de 24 de febrero de 1994, declaró legítimo, desde la perspectiva de la libertad de expresión que los Colegios introdujeran limitaciones a la publicidad, siempre que fueran proporcionadas a los fines públicos que se traban de preservar. En la resolución del TDC hay un pie forzado. El Reglamento excluye la competencia, luego el reglamento vulnera la ley, pero no se analiza la cuestión de fondo: si el Reglamento «per se» es contrario a la LDC o si lo es el analizado por introducir restricciones o limitaciones injustificadas. Prescindir en absoluto del acervo

profesional y de las reglas deontológicas habituales y no establecer ninguna limitación puede tener efectos perversos e incluso contrarios a la libre competencia. Conviene recordar ahora lo que dijo el TEDH en el caso Casado Coca:

«El Tribunal no tiene motivo para dudar de que las disposiciones colegiales objeto de discusión tendían a la protección del interés público respetando a los miembros del Colegio. A este respecto es necesario tener en cuenta el carácter específico de la profesión que ejerce el abogado: en su condición de auxiliar de la justicia, debe mostrar discreción, honradez y dignidad en su conducta; las limitaciones a la publicidad encuentran su fuente en esas particularidades.

(...)

La publicidad constituye para el ciudadano un medio de conocer las características de los servicios y bienes que se le ofrecen. No obstante, a veces puede ser objeto de limitaciones con el fin sobre todo de impedir la competencia desleal y la publicidad falsa o engañosa. En ciertos contextos, incluso la publicación de mensajes publicitarios objetivos y verídicos, puede ser objeto de limitaciones tendentes al respeto de los derechos de terceros o basadas en las peculiaridades de una actividad comercial o profesión determinadas. El Tribunal debe ponderar las exigencias de las citadas peculiaridades en relación con la publicidad en cuestión».

En EE.UU. sigue siendo un asunto muy discutido tanto el de las restricciones a la publicidad de los Abogados como en general las restricciones o limitaciones a la competencia por razones deontológicas o de interés público. Olavarría y Viciano que han estudiado la jurisprudencia norteamericana llegan a la conclusión de que se ha consolidado «la posición de que cuando se alega razonablemente que la conducta enjuiciada está motivada por razones éticas, la «*rule of reason*» en vez de la prohibición «*per se*» («*per se rule*») es el estándar apropiado para valorar las conductas profesionales. En Alemania el *Bundeskartellamt* ha considerado compatible con las normas de competencia la prohibición de publicidad de los médicos prevista en la Orden federal reguladora. Son ejemplos ilustrativos de que probablemente la resolución del TDC simplifica en exceso los términos del asunto.

c) Si las Corporaciones profesionales tienen competencia para regular la publicidad en las profesiones, se echa en falta en el razonamiento jurídico del TDC un examen de los límites que el Derecho de la competencia impone a esas normas, supuesto que no puede admitirse que exista una prohibición total de medidas colegiales restrictivas de la publicidad siempre que estén justificadas en la defensa del buen orden profesional y estén justificadas.

d) Interpretada literalmente la resolución del TDC llega a la conclusión de que los Colegios de Abogados no pueden dictar Reglamentos de

publicidad, lo que supondría negar a estas Corporaciones su competencia de ordenación de la profesión. De modo que la citada resolución o debe interpretarse de otra manera o vulnera el ordenamiento jurídico.

e) Es indudable, a tenor de la STEDH, de la jurisprudencia comparada y de un mínimo conocimiento de la realidad de las profesiones liberales, que determinadas medidas restrictivas de la publicidad pueden estar justificadas en la protección de fines superiores. De ahí que la Ley General de Publicidad no se aplique íntegramente a los Colegios y que incluso no se introdujera en la modificación de la Ley de Colegios Profesionales de 1997 la sujeción a las reglas de publicidad. (Crf. Luis Calvo). De ahí también que el ordenamiento jurídico se haya preocupado en muchas ocasiones de limitar la publicidad de productos o servicios que podían afectar a la salud u otros valores dignos de protección.

## 5. ¿Una tierra de nadie al margen del derecho?: La inexistencia de controles eficaces de la gestión colegial

A pesar de las numerosas aportaciones doctrinales en torno a los Colegios Profesionales se echa en falta un tratamiento completo de los controles económicos y presupuestarios, pues lo cierto es que no existen medidas de fiscalización eficaces sobre la gestión económica de estas Corporaciones.

Se ha discutido tanto sobre la naturaleza de los Colegios como entes públicos que se ha olvidado analizar la clamorosa laguna que existe en nuestro Ordenamiento, pues estas Corporaciones profesionales carecen de cualquier control de Derecho público y de cualquiera de las técnicas preventivas de fiscalización previstas para las sociedades mercantiles o para las fundaciones. De manera que en el ordenamiento español todo queda fiado a la autotutela de los propios organismos como si se trataran de simples asociaciones.

Este estado de cosas ni es aconsejable *«lege ferenda»* ni satisfactorio *«lege data»*. Las corporaciones de Derecho público obligatorias tendrían que tener mecanismos de control de la gestión económica. El Ordenamiento jurídico mercantil ha dispuesto en beneficio de los socios y del tráfico mercantil determinados mecanismos de control. La entrega de cuentas y del balance anual al Registro mercantil, que es de conocimiento público aseguran ambos objetivos. En otros casos (Sociedades Anónimas) se exige auditoría externa. En materia de fundaciones siempre ha existido la obligación de comunicación del presupuesto y balance del ejercicio económico, además de otros controles del Protectorado. En el ámbito público, la Ley General Presupuestaria establece mecanismo de fiscalización



previa mediante la intervención y controles «*a posteriori*» del Tribunal de Cuentas.

Los Colegios Profesionales, sin embargo, no participan de ninguno de estos controles. No propugnamos naturalmente tutela alguna de las Administraciones públicas, aunque el Tribunal Constitucional las haya admitido incluso para los entes locales y el legislador las prevea para las Cámaras de Comercio. Lo que sostenemos simplemente es que no hay razón alguna para que el ordenamiento jurídico renuncie a establecer en beneficio de la transparencia de estas instituciones, algunos instrumentos de control.


Téngase en cuenta que al estar las Corporaciones de Derecho Público sujetas al Derecho Privado en todo lo que no se refiera al ejercicio de potestades públicas, eventualmente los Colegios tienen un vasto campo de actuación pudiendo ser sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades por todas las actividades económicas que traspasen el ámbito de sus funciones típicas. No tiene sentido alguno que presupuestos, en algunos casos, nada despreciables, no requieran obligatoriamente de una auditoría externa o que no exista directriz pública alguna sobre las garantías presupuestarias, pues por lo común los estatutos se limitan a provisiones muy genéricas.

El absentismo tradicional de muchos colegiados en las Asambleas o Juntas generales exige mecanismos complementarios al control mediante la participación democrática en el proceso de formación de la voluntad del órgano supremo de cada Colegio. Y desde luego no justifica que la gestión colegial pueda virtualmente carecer de fiscalización efectiva alguna.

El asunto es aún más grave por el hecho de que las Corporaciones de Derecho público no forman parte del sector público. A efectos económicos y jurídicos sus presupuestos quedan al margen del sector público como demuestra la Ley General Presupuestaria, e incluso desde el punto de vista del Derecho Comunitario, no pueden considerarse por regla general como entes públicos ya que no se financian con los recursos de un ente público y sus órganos toman decisiones en régimen de autonomía respecto del poder público. Esta realidad normativa que no les hace reductibles a simples Administraciones públicas no sólo no justifica la carencia de controles presupuestarios y económicos, sino que la hace más necesaria si cabe. En las Administraciones públicas de una manera directa o indirecta hay un control democrático de la gestión. Sin embargo en los Colegios Profesionales ese control se reduce a los procedimientos que prevean sus Estatutos. El absentismo ya aludido y la falta de cohesión de los miembros de muchos Colegios son un campo abonado para que puedan gestionarse partidas económicas notables sin más control que el representado por la Asamblea general de colegiados.

Por tal razón sería muy aconsejable que el ordenamiento previera me-

canismos de fiscalización ya ensayados en las empresas privadas (por ejemplo auditorías públicas y obligatorias de la gestión) así como algunas reglas elementales de la presupuestación. Analizando los Estatutos generales de todas las profesiones se observa por lo común que no existen dichos controles. Como el Tribunal de Cuentas tampoco puede acceder a la fiscalización de estas Corporaciones que no forman parte del sector público económico, virtualmente hay una ausencia absoluta de controles sobre la gestión económica colegial que no parece de recibo cuando se trata de Corporaciones públicas, en la mayoría de los casos de adscripción obligatoria con cuotas de exacción forzosa para los colegiados.

El replanteamiento de esta cuestión sometiendo a los Colegios a más disciplina económica no constituye en modo alguno una merma de su autonomía, sino al contrario, un reforzamiento de su capacidad de autogobierno que no debe rehuir los controles a que todo administrador público o privado es acreedor. 

## Referencia bibliográfica

- Para el encuadramiento constitucional, S. MUÑOZ MACHADO, en la obra con L. PAREJO y E. RUILOBA *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Madrid 1983, pág. 115-131. F. Sáinz Moreno, *Profesiones tituladas y Colegios Profesionales en los Comentarios a la Constitución española de 1978* dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Madrid 1996. F. LÓPEZ RAMÓN, R.A.P. 100-102, I, pág. 651 y stes. J. M. SÁNCHEZ SAUDINOS, *Los Colegios Profesionales en el Ordenamiento Constitucional*, Madrid 1996 y el vol. colectivo dirigido por L. MARTÍN-RETORTILLO, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid 1996. J. OLAVARRÍA IGLESIA, «El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes». *Derecho Privado y constitución*, n° 11 (1997).
- Sobre la configuración histórica y constitucional de los Colegios Profesionales, M. BAENA DEL ALCÁZAR *Los Colegios Profesionales en el Derecho Administrativo español*. Madrid 1968. L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid 1998. ARIÑO/SOUVIRON, *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid 1984. SILVIA DEL SAZ *Los Colegios Profesionales*. Madrid 1996. A. FANLO LORAS, *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras oficiales*. Madrid 1997. Leopoldo ALAS TOLIVAR, «La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio» y J. L. VILLAR PALASI/J. L. VILLAR EZCURRA, «La libertad constitucional del ejercicio profesional» ambos trabajos en S. MARTÍN-RETORTILLO, (Coor.) *Estudios sobre la Constitución Española*, (Homenaje al profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, vol. II, Madrid 1991. De notable interés son las contribuciones de L. MARTÍN-RETORTILLO, A. FANLO LORAS, G. FERNÁNDEZ FARRERES, F. LÓPEZ RAMÓN y L. MARTÍN-REBOLLO, en la obra, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, coordinada por el primero de los autores citados, Madrid 1996.
- La distinción entre asociación y Corporación de Derecho público en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Madrid 1987, pág. 183 y sgtes. Cfr. también M. LÓPEZ BENÍTEZ, M. REBOLLO PUIG, «Aplicabilidad y extensión del artículo 149.1.18. de la Constitución a entes no administrativos», en *Administración instrumental. Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, Madrid 1994, pág. 507 y sgtes.
- En cuanto a la Unión Europea, J. F. MESTRE DELGADO, «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea», en *Derecho Privado y Constitución*, n° 11.
- En relación a Alemania, IMMENGA/MESTMÄCKER, *Gwb Kommentar zum Kartellgesetz*, 2ª edición. Munich 1992, pág. 87.
- Un análisis concreto de las peculiaridades de los nuevos Colegios en C. GAY «La regulación del ejercicio de la profesión periodística», R.A.P. n° 126 (1991), pág. 385 y sgtes.
- Sobre los problemas de las atribuciones de los titulados S. MUÑOZ MACHADO/L. PAREJO ALFONSO/ E. RUILOBA SANTANA *La libertad de ejercicios de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*. Madrid 1983. Los problemas jurídicos que plantea el delito del intrusismo en J. BOIX REIG / E. ORTS BERENGUER, «Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo», *Estudios Penales y Criminológicos XXI*, Universidad de Santiago, pág. 7 y sgtes.
- Respecto de la libre competencia, J. M.ª BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madrid 1996. J. OLAVARRÍA y J. VICIANO, «Profesiones liberales y Derecho de la competencia: crónica de la situación», en la misma Revista y número. F. LÓPEZ RAMÓN, «Libre competencia y Colegios Profesionales» en L. MARTÍN-RETORTILLO *Los Colegios ...*. Ob. cit. pág. 243 y sgtes. M. BAENA DEL ALCÁZAR, «La nueva regulación de los Colegios Profesionales. La reestructuración por la vía de la defensa de la competencia», *Derecho Privado y Constitución*, n° 11 (1997).





CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA  
NACIONALIDAD ESPAÑOLA (en el supuesto de emigración).  
LA EXTRANJERÍA PRIVILEGIADA Y  
EL TRÁNSITO DE LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO  
A LA DE NACIONAL (en la perspectiva de la inmigración).  
LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD  
ESPAÑOLA (pensando en el retorno)

Jacinto Gil Rodríguez

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad del País Vasco. San Sebastián

## 1. Agradecimiento y aclaración

Es obligado, y créanme si les aseguro que no responde a mero formalismo, comenzar la intervención dando las gracias al Director de la EGAP por haberme cursado la invitación a que responde mi comparecencia ante ustedes. Por lo demás, no voy a extenderme en la glosa de mi amistad con el Dr. Bello, salvo en la medida en que aporte explicación a la presencia y ponencia de un servidor.

Conocí a Domingo Bello, va para dos lustros, en un *Curso de otoño*, de la Fundación Alfredo Brañas. Mi intervención de entonces resultó osada. Hablé de la *selección del sexo* y, para mayor precisión, de sus *momentos, métodos e inseguridades*, pero no cabe duda de que el tema era de rabiosa actualidad. Recuerden aquella señora de Mataró y su empecinamiento en que, a la sexta ocasión, el retoño fuese niña. Así es que aquello del sexo acabó figurando entre las materias novedosas, la primera de las que se agruparon bajo el rótulo de LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

Ambos –el Dr. Bello y un servidor– participamos, hace casi dos años, en un **Curso de primavera**, para quienes acudimos desde España, aunque para quienes nos recibieron en Mar del Plata (Argentina) hubiera pasado ya el verano. Entonces hube de vérmelas –Domingo sabe cómo ocurrió– con un tema que podía considerarse marginal y hasta extraño al nervio de los aludidos «VII Encuentros de Letrados Bonaerenses». Con todo y con eso, los argentinos de aquel salón fueron familiarizándose con el tema y reconciliándose con este ponente, porque querían saber más –a poder ser, todo– del problema seleccionado: *la conservación y pérdida de la nacionalidad española*. Nada tiene de extraño que dentro y fuera de aquella Sala- los susodichos Letrados exhibieran su preocupación por averiguar si ellos mismos conservaban la nacionalidad española de sus ascendientes –adquirida *iure sanguinis*–, si disponían de un modo abreviado para «recuperarla» o si les correspondía tratamiento privilegiado en el caso de que se propusieran adquirirla. Finalmente pude calibrar la razón de tamaña inquietud. Provenía no tanto de los propios Letrados indagadores cuanto de su descendencia; y no obedecía a una consideración romántica de la nacionalidad española, sino a una perspectiva más pragmática: el sólo hecho de figurar –ellos y sus hijos– como español *de iure* les permitiría presentarse en toda la Unión europea como auténticos ciudadanos comunitarios.

Nuevamente el tema que traigo a este **Curso de verano** no se acomoda exactamente al nervio básico del rótulo general, pese a que la formulación del título concreto –a riesgo de enrevesada– termina conectándolo a la *extranjería* y a la *inmigración*, que es de lo que se trata.

Comprenderán, por tanto, que dedique unos párrafos a conjugar los conceptos de emigración e inmigración, nacionalidad y extranjería, para llevar a su ánimo el convencimiento de que estoy aquí no sólo (aunque, sí principalmente) por la amistad con la que me honra el colega, y de que la temática no es (del todo) «extranjera» ni «extravagante» en este Curso.

Merecería la pena hablar de *nacionalidad* y de *emigración*, aunque sólo fuera porque, siendo sus contrarios, ayudan a dibujar con mayor precisión los respectivos conceptos de *extranjería* e *inmigración*. Son como la cara y la espalda de los mismos individuos: si despedimos a los nuestros, diremos que *emigran* y probablemente *arriesgan su propia nacionalidad*; si los vemos acercarse, de frente, es que se trata de los otros, los *inmigrantes*, que *buscan nuestra nacionalidad*.

Ustedes saben que la extranjería consiste –así se define– en la carencia de aquella nacionalidad concreta (pongamos la española) que se toma como referencia (art. 1.1 LO 4/2000). Ello quiere decir que, lo que para nosotros es «extranjera», *puede ser* «nacionalidad» desde otro punto de vista. Con la mayor frecuencia nuestro inmigrante (extranjero) disfruta –más exacto sería decir que «padece»– de «otra» nacionalidad que no es preci-



samente la «española», o sea, la que nosotros elevamos a referente cuando dibujamos el círculo de los, desde nuestra óptica, «no-nacionales»<sup>1</sup>.

Conjugando los cuatro conceptos, es obvio que, si el ponente español selecciona la *perspectiva de la emigración* de sus conciudadanos al exterior, introduce la problemática de cuándo y cómo los desplazados comienzan a ser considerados extranjeros en el país de origen –a mí me han insistido en que trabaje este enfoque y, por eso, la parte primera y principal de la ponencia: *conservación y pérdida de la nacionalidad española*–.

Contrariamente, los extranjeros que pretenden instalarse en territorio español –particularmente aquellos que provienen de países económicamente desfavorecidos y arriban al nuestro en «pateras»– traen a primer plano el problema de la *inmigración*. Los *inmigrantes* de que hablamos provocan, ante todo, la necesidad de perfilar el estatuto jurídico –derechos y deberes– del «no-español» y, a la larga, las vías de tránsito de esa cualidad negativa a la positiva de español de derecho. Es la perspectiva que se aborda escuetamente en la segunda parte de la ponencia.

A mitad de camino –no física, sino conceptualmente– y mirando al regreso de quien fuera emigrante o descendiente de éste, cabría considerar la eventual *recuperación* de la nacionalidad española por quien, en otro momento, la perdiera e incluso la *adquisición ventajosa* por quienes nacieron extranjeros de progenitores que precedentemente tuvieron la nacionalidad española.

## 2. Conservación y pérdida de la nacionalidad española

(en el supuesto de emigración)

### 1. Antecedentes

Al principio el Código civil dispuso concisa y rotundamente que «la cualidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero,...» (art. 20/1889). En cambio, la *Constitución de 1931* asocia la pérdida únicamente a la naturalización «voluntaria» (art. 24).

El art. 22/1954 del Código, de un lado, incorpora aquella necesidad de «voluntariedad en la adquisición»; y, por añadidura, establece otros condicionantes específicos –similares a los hoy vigentes–.

---

<sup>1</sup> Para evitar equívocos, procede advertir de inmediato que no todos los «extranjeros son iguales en derechos». Hay determinados nacionales de otros países que gozan de una «extranjería privilegiada». Sin ir más lejos, los diplomáticos en general y cualesquiera nacionales de los otros países de la Unión Europea (art. 1.2 y art. 2 LO 4/2000). Además, a nadie se le oculta que existen concretos extranjeros que, gracias a sus méritos científicos, artísticos o deportivos, son recibidos «con honores» allí donde deberían ser considerados «extranjeros» –v.gr. otorgándoles «carta de naturaleza»–.

El art. 23/1982 reordena las posibilidades de pérdida, separando las hipótesis del emancipado que «adquiere voluntariamente otra nacionalidad» y del que la tuviere atribuida «desde su menor edad». Los primeros dejan de ser españoles, si al momento de la adquisición –supuesta la voluntariedad y emancipación– completan tres años de residencia fuera de España; los segundos, dotados de una nacionalidad «fuerte», sólo la pierden si renuncian a ella.

Por último, el art. 24/1990 reunifica las hipótesis, equiparando la «utilización exclusiva» a la «adquisición voluntaria». Con su respectiva premisa, la pérdida se consuma a los tres años de la emancipación o de la adquisición, si se mantiene la residencia habitual en el extranjero. Además y «en todo caso», se ofrece la posibilidad de renuncia.

El otro tema, cuya evolución conviene recordar, se refiere a la compatibilidad de la nacionalidad española respecto de la de algunos países.

La idea arranca de la Constitución de 1931: «En estos mismos países (Portugal e hispánicos de América, comprendido el Brasil), si sus Leyes no lo prohíben, ..., podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen» (art. 24). Pero el Código supedita la conservación al Tratado: «... la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas no producirá pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiera». (art. 22.IV/1954).

El art. 11.3 de la Constitución de 1978 recupera la generosidad de la norma republicana y preceptúa que, en los países iberoamericanos y otros particularmente vinculados con España, «**aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco**, podrán naturalizarse los españoles sin perder la nacionalidad de origen». El art. 23.IV/1982 –respetado por Ley 18/1990– concreta la referencia constitucional a «los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal» y dispone que la adquisición de la nacionalidad de uno de ellos «sólo producirá la pérdida de la nacionalidad española de origen» si media renuncia expresa.

## 2. Pérdida y privación de la nacionalidad española en el Derecho vigente

El art. 11 CE remite a la Ley la regulación de la *pérdida* de la nacionalidad española, pero deja dicho que el «**español de origen**» no puede ser *privado* de su nacionalidad y puede naturalizarse en países iberoamericanos u otros vinculados particularmente con España, *sin perder su nacionalidad*. Imperativos que deben conjugarse con el *derecho a cambiar de nacionalidad* (art. 15 Declaración Universal de Derechos Humanos). Se impone, entonces, distinguir, el **cambio o pérdida** de la nacionalidad –originaria y no originaria– que disciplina el art. 24, de la **privación** que contempla el art. 25 en relación con los españoles que no lo sean de origen.

Es obligado, empero, no dar al olvido que la *pérdida* de la nacionalidad española, *conforme a la legislación anterior*, mantiene su efecto, aunque la causa no esté prevista en la ley actual (DT 1ª Ley 18/1990); y, en efecto, multitud de resoluciones hacen hoy efectivas pérdidas como la que afectó *iure matrimonii* a la mujer española (hasta 1975) y a los hijos por dependencia familiar (hasta 1982), u ocasionadas por la *simple adquisición* de la nacionalidad extranjera antes de 1954, por *asentimiento voluntario* (entre 1965 y 1982), por *ausencia de declaración de querer conservar* la nacionalidad española durante el primer año de mayoría de edad (1954 a 1982) o desde la adquisición de la nacionalidad por razón de emigración (1982 a 1990). Cuando se afirma que son causas de pérdida las del art. 24, se dice verdad sólo para los españoles a la entrada en vigor de la Ley 18/1990, el 7 enero 1991 (Álvarez).

### 3. Pérdida «voluntaria» de la nacionalidad (de origen y no originaria)

Empezaré con los *requisitos comunes* de la pérdida y seguiré con el detalle de las *causas de pérdida*.

#### 3.1. Presupuestos o requisitos comunes de la pérdida

El primer requisito, de carácter negativo, se refiere a la imposibilidad de pérdida «si España se hallare en guerra» (art. 24.2). Los otros tres, de signo positivo, aparecen en el número 1 y los reitera el tercero, para la renuncia.

##### A) Ausencia de guerra

Data de 1954 y acostumbra a identificarse con la expresión eufemística «ausencia de condiciones inoportunas». Con motivo de la reforma de 1990 se puso en cuestión, pero las enmiendas de supresión no prosperaron. Los autores, por su parte, hacen votos porque nunca nos hallemos en guerra (Hualde). Otros proponen una interpretación estricta, en cuanto limita el derecho humano a cambiar de nacionalidad (Vattier y Peña).

Procede hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, que la «guerra existe» desde la «declaración formal» que compete al Rey y desaparece cuando aquél ha hecho la paz (Lete) o, simplemente, han cesado las hostilidades. No son «guerra» las revueltas interiores –guerra civil, alzamiento o rebelión– ni las misiones militares en el extranjero, si promovidas por Organizaciones internacionales –ONU, OTAN– y orientadas a la pacificación (Vattier y Peña).

La segunda matización es para la hipótesis de aplicación de la norma y trata de aquilatar el alcance exacto del efecto que se enuncia: «no se pierde la nacionalidad española». Para los más rigurosos, la tentativa o preten-



sión de pérdida no ha de producir efecto alguno, ni inmediato ni pospuesto (Peña). Para otros, al término de la contienda «adquiere eficacia plena la renuncia formulada en tiempo de guerra» y, desde aquel momento, debería «proseguirse» el cómputo de los plazos a que se refiere el art. 24.2 (Vattier y Lete).

En mi parecer, la guerra «desactiva» las causas de pérdida «aplazada» –declarada aquélla en cualquier momento de los tres años posteriores a la adquisición o a la emancipación, respectivamente, los españoles afectados por la norma «ya no perderán su nacionalidad española por dichas causas»– y supone la ineficacia absoluta de cuantas «renuncias» se formulen. Finalizada la guerra, quien renunció ineficazmente podrá volver a renunciar, y podrán renunciar igualmente aquellos otros «afectados por la guerra».

#### B) Estar emancipado

El primer requisito de carácter positivo hace referencia a la capacidad. Se precisa que quien va a perder la nacionalidad española pueda autogobernarse y, en particular, que haya alcanzado la emancipación.

Como para enjuiciar la capacidad hay que tener en cuenta la ley personal –española (art. 9.1 CC)–, será suficiente cualquier tipo de emancipación del Código, aunque se trate –por seleccionar los extremos– de la celebración de matrimonio válido –que pudiera tener lugar a partir de los catorce años– o de la vida independiente.

Cuestión diversa es que el emancipado sea objeto de incapacitación. En dicho estado no cabe la *renuncia expresa*, que no se autoriza a formular «por representante». Tampoco pueden perfeccionarse las otras causas: la incapacitación en cualquier momento de los «tres años» interfiere el curso de las causas y provoca la inoperancia de la adquisición o de la utilización exclusiva (y hace «involuntaria» la permanencia en el extranjero). Sólo cabe que, reintegrado en su capacidad, el interesado renuncie personalmente, si tal es su deseo.

#### C) Tener otra nacionalidad

Requerir que se ostente otra nacionalidad, significa que se busca o autoriza el «cambio de nacionalidad», no la «expatriación». Se excluye tanto «desnacionalizar» como «desnacionalizarse»: no sería legítimo ocasionar la apatridia, ni siquiera por renuncia del interesado. El requisito puede desglosarse en tres exigencias de la «otra» nacionalidad, que debe ser:

1. *auténtica* (no lo es la «ciudadanía vaticana» ni la «ciudadanía de la Unión»)

2. atribuida o adquirida *correctamente*, de conformidad con la Ley del respectivo Estado (la eficacia de la pérdida *depende de la validez de la adquisición*)

3. *previa* a la pérdida (para hacerse «andorrano», se autoriza la «desnacionalización previa»: RRDGRN de 1995).

#### D) Residir habitualmente en el extranjero

Hasta 1990, el Código hablaba de «*residencia*» fuera de España (*¿mera situación de hecho?*); hoy, la «*residencia habitual*» apunta inequívocamente al *domicilio* fuera del territorio nacional. El requisito se computa en el *momento* en que *se adquiere la otra* nacionalidad o en que *se alcanza la emancipación* y la situación necesita *prolongarse durante otros tres años* (art. 24.1 y 2); en otro caso, la residencia se aprecia sólo *al tiempo de formular la renuncia* (art. 24.3 CC).

La Ley 18/1990 abre dos interrogantes: 1<sup>a</sup>) *¿Quid* si el todavía español regresa al territorio nacional antes de los tres años? y, 2<sup>a</sup>) *¿El* país de residencia habitual debe corresponderse –en el momento de referencia y, en su caso, durante los tres años del plazo– con la otra nacionalidad que se precisa?

El primer problema se soluciona teniendo en cuenta que *la desconexión con España precisa mantenerse* –a efectos de deducir la voluntad de pérdida– *durante los tres años subsiguientes* a la adquisición o a la emancipación; o sea, que el traslado del domicilio a España *en cualquier momento previo* a la consumación de la pérdida provoca la irrelevancia de la adquisición voluntaria o de la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera, y este doble nacional sólo dejará de ser español si, *residenciado nuevamente* en el extranjero, formula la oportuna renuncia.

Por lo demás, como el art. 24 exige únicamente *residencia* «en el extranjero», es obvio que el requisito se satisface «*permaneciendo fuera de territorio español*». La exigencia no busca una especie de «*garantía de arraigo* en el país cuya nacionalidad se adquiere» –de ser así, el domicilio habría de tenerse y, en su caso, mantenerse en el mismo país–, sino que trata de constatar la «*desconexión*» respecto de España, a cuya efectividad no obsta el hecho de que la *residencia habitual* se tenga en –o se traslade a– país diverso de aquél cuya nacionalidad se adquiere.

### 3.2. *Las causas de pérdida*

Conforme al sistema del art. 24 la nacionalidad española se pierde básicamente de dos modos: mediante *renuncia*, que puede utilizarse «en todo caso», y a causa del *disfrute de otra nacionalidad incompatible* con la española. Pero conviene diversificar esta segunda modalidad en dos variantes.

#### A) Adquisición voluntaria de otra nacionalidad

La activación de esta causa exige, además de la *residencia habitual* en el extranjero y la *adquisición de una nacionalidad distinta* –e incompati-

tible: art. 24.2.II-, que dicha adquisición la realice, *voluntariamente*, un español *emancipado*.

Las dos exigencias completan el supuesto de hecho y su concurrencia ha de valorarse conforme al ordenamiento español. Si la adquisición –aun voluntaria– se produjo *antes* de la emancipación, caemos en el supuesto alternativo: el interesado perderá la nacionalidad española cuando durante los tres años que sigan a su emancipación utilice en exclusiva la otra nacionalidad. Mas, si lo que falta es la *voluntariedad* –porque adquiere emancipado pero «forzado»–, es claro que esta «imposición» no puede activar la causa alternativa –utilización exclusiva–: el propio art. 24 apunta, «*a sensu contrario*, que si dicha adquisición se produjo de forma involuntaria no se perderá, en ningún caso, la nacionalidad española» (Álvarez).

En principio, la adquisición «voluntaria» de que ahora nos ocupamos exige «una actuación positiva del español... que tenga como objetivo fundamental la obtención de esa nacionalidad», lo que conlleva dejar al margen «las adquisiciones de nacionalidad que se impongan forzosamente», como si el ordenamiento extranjero la asocia a la realización de determinados actos en el país de referencia (Hualde), y las adquisiciones que se realicen por españoles «para consolidar un puesto de trabajo fuera de España –sean o no emigrantes o hijos de éstos– o para eliminar la aplicación de las normas restrictivas de inmigración del país de residencia» (Álvarez).

No debe olvidarse que, desaparecido su régimen «singular» (art. 23.I, derogado sorpresivamente por la Ley 18/1990), la situación de los emigrantes españoles queda diluida en la normativa común: conservarán la nacionalidad española cuando acrediten, como cualquier otro español, que la adquisición de la extranjera no puede reputarse «voluntaria».

El cauce adecuado para acreditar el carácter no voluntario de la adquisición es el *expediente para la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española* (art. 96.21 LRC y arts. 335, 338 y 340 RRC<sup>2</sup>), cuyo inicio «no está sometido a plazo alguno», pues si se demuestra la no voluntariedad de la adquisición el plazo –de los tres años subsiguientes a aquélla– es irrelevante (Álvarez).

---

<sup>2</sup> Debe subrayarse especialmente cómo, aparte de que el art. 335 RRC autoriza al Encargado para certificar la conclusión favorable del expediente, en la actualidad se ha impuesto la generalización del llamado «certificado de nacionalidad española», que hará fe salvo prueba en contrario de que «en el día de la fecha determinada persona... tiene la nacionalidad española» (Instrucción de la DGRN de 14 de abril de 1999, sobre *certificado de nacionalidad española*).



## B) Utilización exclusiva de otra nacionalidad

Para que pueda ponerse en marcha esta causa de pérdida hace falta que el español «*tenga atribuida antes de la emancipación la nacionalidad extranjera*» de que se trate. Es indiferente la «voluntariedad» o «involuntariedad» de la adquisición; importa sólo que el sujeto se emancipa como doble nacional.

La causa resulta parcialmente novedosa. Se incorpora al Código en 1990, pero el «mecanismo» que puede provocar la pérdida recuerda excesivamente al viejo «asentimiento voluntario», perfilado por la Dirección General a partir de 1965 y repudiado entre 1982 y 1990. No es inexacto afirmar que la Ley 18/1990 representa «el triunfo (por perseverancia y tras varios contratiempos pasajeros) para este caso concreto de la criticada postura doctrinal» del Centro Directivo (Hualde) y, en definitiva, la «desvinculación de los hijos de emigrantes españoles» (Álvarez).

Los partidos de la oposición al tiempo de la reforma subrayaron el contraste con la «seguridad jurídica» y «las exigencias constitucionales»; y los autores tampoco se muestran convencidos de la perfecta «adecuación al mandato constitucional».

Nada tiene de extraño entonces que se haya generado una cierta predisposición a hallar una inteligencia que, de un lado, ponga distancia entre la nueva causa de pérdida y la vieja teoría del asentimiento voluntario y, de otro, adecúe su ámbito y operatividad a los límites constitucionales. Ha sido la Dirección General –obligado es reconocerlo– la que más ha contribuido a desactivar los temores de una interpretación francamente inconstitucional de esta causa de pérdida.

En efecto, la Instrucción de 20 marzo 1991 anticipa que la pérdida «no tiene lugar cuando el español ha utilizado de algún modo la nacionalidad española» y que supone utilización: «*tener documentación española en vigor; haber otorgado como español algún documento; haber comparecido con este carácter en el Consulado y otras conductas semejantes*» (como el hecho mismo de promover el oportuno expediente «para justificar que la nacionalidad extranjera atribuida con anterioridad a la emancipación no es la exclusivamente utilizada por el interesado» y declarar con valor de presunción la nacionalidad española: art. 96.21 LRC). Añádese que varias Resoluciones aseveran, ante todo, la «irretroactividad» de esta causa de pérdida –la emancipación y los tres años de utilización exclusiva han tenido que darse después de la entrada en vigor de la Ley 18/1990–, de manera que los emancipados antes del 7 de enero de 1991 sólo han podido perder la nacionalidad española si renunciaron, y –lo que es cosa distinta y de mayor alcance– que sólo cuentan *los tres años inmediatamente posteriores* a la emancipación, lo que conlleva que cualquier utilización de la nacionalidad española en este período tiene por resultado «fortalecerla» y que en adelante sólo pueda perderse por renuncia.

### C) Renuncia a la nacionalidad española

La Ley 18/1990, además de configurar la renuncia como vía de abdicación «en cualquier caso», eleva a requisito *sine qua non* residir habitualmente en el extranjero. Bien es verdad que, aquí, no precisa mantenerse tras la renuncia, ya que la pérdida es inmediata. En lo demás, la eficacia de la renuncia viene igualmente condicionada a que se formule personalmente por español capaz, que haya adquirido otra nacionalidad y que España no se halle en guerra.

La Ley 18/1990, como se ha visto, altera los presupuestos y el ámbito de la renuncia, pero en lo que hace a las formalidades de la declaración se limita a preceptuar que ha de hacerse «*expresamente*». Para salvar el silencio del Código respecto de las formalidades de la renuncia «expresa» y/o las autoridades legitimadas para recibirla, se propugna reutilizar la Instrucción de 1983 y, en concreto, diferenciar:

1. si la renuncia consta en «documentos auténticos que la acrediten plenamente», bien sean extranjeros o españoles –y, entre estos, el acta de comparecencia levantada por el Cónsul– podrá practicarse «directamente» la inscripción marginal a la de nacimiento

2. si «la renuncia, aunque expresa, no aparece reflejada en documentos de tal naturaleza», requeriría el previo expediente gubernativo al que se refieren los arts. 67 LRC y 232 RRC

#### 3.3. Régimen de la inscripción de la pérdida

Como ya se dejó apuntado, «la pérdida de la nacionalidad *se produce siempre de pleno derecho*, pero debe ser objeto de inscripción». En caso de no promover la inscripción de la pérdida el afectado por ella («interesado»), «el Encargado del Registro (en el que se halla inscrito el nacimiento de aquél), previa su citación, practicará el asiento que proceda» (art. 67 LRC).

Como cabe suponer, no será frecuente, en la práctica, que el afectado promueva la inscripción y tampoco es imaginable que el Encargado del Registro correspondiente «detecte» los comportamientos a los que se asocia la pérdida. Lo normal será que éste «entre en sospechas» con motivo de otras actuaciones –con trascendencia registral– relativas a quien sigue figurando como español, como, por ejemplo, si advierte que es mayor de dieciocho años y no ha solicitado certificado alguno para la obtención del DNI o que ha inscrito a sus hijos haciendo constar una nacionalidad diversa. Pero, cualquiera que sea el «promotor» de la inscripción –petición del interesado o actuación de oficio del Encargado– y al objeto de prevenir toda posible «indefensión» del afectado, la legislación registral exige una tramitación diversa según haya o no «constancia» de la pérdida de la nacionalidad:

a) Si la «abdicación» tiene por causa la renuncia formulada por el interesado *en documento auténtico o por comparecencia ante el propio Encargado*, éste practicará directamente la inscripción de la pérdida al margen de la de nacimiento (art. 232 RRC).

b) En cualquier otro caso –la renuncia no consta en «documento auténtico» o la pérdida se ha generado en virtud de las otras causas–, la inscripción sólo podrá practicarse tras el oportuno «expediente gubernativo», previa citación del interesado o de su representante legal y, en su caso, de sus herederos (art. 232.II RRC).

#### 4. La adquisición o disfrute de nacionalidades compatibles

El sistema de pérdida –a salvo la renuncia– deviene inoperante siempre que la nacionalidad española lo sea «de origen» y la extranjera acumulada corresponda a «un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal» (art. 24.21.II; y antes art. 11.3 CE: efectivo desde el 29 diciembre 1978).

Procede advertir que ni la Constitución ni el Código «imponen» en los referidos supuestos la conservación «sine die» de la nacionalidad española; simplemente la excluyen de la amenaza de pérdida «aplazada» por la tenencia o utilización de la otra, o lo que es lo mismo, hacen de la española una nacionalidad «fuerte», de la que sólo se podrá desprender el doble nacional «renunciando expresamente a aquella».

#### 5. La doble nacionalidad

En principio, toda persona tiene derecho desde que nace a una nacionalidad, pero puede ocurrir que algunos resulten beneficiarios de *doble atribución*, una «*iure soli*» y otra «*iure sanguinis*», o ambas «*iure sanguinis*», por causa de la diversidad nacional de sus progenitores. Además, cabe que la duplicidad sobrevenga por adquisición de una nueva nacionalidad, si se trata de la de un país con el que el Estado de partida tiene concertado un Tratado de doble nacionalidad o cuyo ordenamiento autoriza la subsistencia de la nacionalidad anterior –sin plazo alguno (nacionalidades compatibles) o siquiera durante el que se precise para que sea efectiva la pérdida de la primera nacionalidad (incompatible, pero coexistente durante tres años: art. 24)–.

Actualmente y en síntesis, el problema arranca del hecho de que la Constitución no ha logrado o no ha querido separar el tema de los Convenios de doble nacionalidad y el de la conservación de la nacionalidad española de origen en el supuesto de que se ostente también otra de las que indica; es más, ha comunicado ambas hipótesis al prescribir que la referida compatibilidad se mantiene aun cuando haya de ser estrictamente unilateral, o sea, sin importar que los mismos países «no reconozcan a



sus ciudadanos un derecho recíproco». Ocurre, además, que España tenía concertados tratados<sup>3</sup> y todavía se concertó con Colombia.

Así las cosas, se debate si la doble nacionalidad «automática» que consagra la Constitución tiene que adaptarse en su «funcionamiento» a lo previsto en los Convenios –lo que significa leer en los preceptos constitucionales y ordinarios menos de lo que naturalmente significan–, o procede mantener que la Constitución se desentiende de las limitaciones «convencionales» –lo que conlleva reputar inoperantes los tratados bilaterales, pese a que no han sido denunciados–.

Una primera interpretación entiende que esta **nueva situación de doble nacionalidad «automática»** no es –ni puede ser– institución diversa de la examinada doble nacionalidad «convencional». Según ella, es obligado leer las correspondientes disposiciones constitucionales y ordinarias conforme a los esquemas de aquellos Tratados –el constituyente no pudo ignorar–, por supuesto, cuando nos hallemos con dobles nacionales correspondientes a los países que los tienen concertados con España, pero también cuando el Estado al que corresponda la nacionalidad «duplicada» carezca de convenio. En cualquier caso, conservar la nacionalidad española «no significa que se ostenten al mismo tiempo y en el mismo grado ambas nacionalidades; por el contrario, *la española queda durmiente, latente o en suspenso*» (Díez del Corral, y Lete). La interpretación mayoritaria, sin embargo, hace hincapié en la previsión constitucional de que *la nacionalidad española no ha de perderse*, que no sería compatible con la propuesta «*reducción o suspensión de efectos*».

En mi opinión, es ésta la inteligencia acertada, por cuanto conduce a sostener que, a falta de convenio con el país en cuestión, la nacionalidad española se acumula a la adquirida y se mantiene íntegra –siquiera en lo que afecta al Estado español y aunque para el otro país resulte insignificante–; y lo mismo ha de concluirse cuando se trate de los países que tienen suscrito convenio con España, aunque, en este caso, el propio doble nacional sea quien opte entre ambos «beneficios»: si así lo expresa, se entenderá acogido al Convenio y, en ausencia de dicha opción, su nacionalidad española no se pierde ni se degrada, sino que se conserva en estado *pleno* –aunque no sea «reconocida» en el país cuya nacionalidad se acumula– (Peña, Hualde, Vattier, Álvarez, Pérez y Abarca).

---

<sup>3</sup> Con Chile, Perú, Paraguay, Nicaragua, Guatemala, Bolivia, El Ecuador, Costa Rica, Honduras, República Dominicana y República Argentina.

### 3. La extranjería privilegiada y el tránsito de la condición de extranjero a la de nacional (en la perspectiva de la inmigración)

#### 1. El simple extranjero y la extranjería privilegiada

El extranjero, respecto del Estado que se toma como punto de referencia, es simplemente la contrafigura del «nacional»: basta con que no haya accedido a la nacionalidad de ese Estado, o que la perdiera, para que sea considerado «extranjero».

La esencia del concepto de extranjero –puramente negativo– no está, pues, en la pertenencia a «otro» Estado, sino en la ajenidad al Estado de referencia y en el que, por el momento, se encuentra o trata de entrar. De ahí que no pueda considerarse extranjero a quien, sin dejar de ser nacional, adquirió otra nacionalidad distinta –supuestos de doble nacionalidad– y, desde el otro ángulo, que cualquier referencia a los extranjeros incluya a los apátridas (*vid.* art. 17.1 c).

En el mismo orden de ideas, la situación de extranjería no puede considerarse unívoca, sino diversificada, por una parte, atendido el hecho de que las normas que la regulan son, en su mayoría, de origen interno y difieren de un Estado a otro, y, también, porque no todos los extranjeros reciben, dentro del mismo Estado, idéntico trato. De manera que, ya en el terreno normativo, hay que identificar a determinados extranjeros que pueden considerarse «privilegiados».

Ante todo, el Derecho internacional público otorga estatuto especial a los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, Jefes de Estado y representantes diplomáticos (Convenios de Viena de 1961 y 1963). Con ellos no va la legislación de extranjería (*vid.* art. 2 LO 4/2000).

Otros privilegios encuentran origen en los respectivos Tratados, ya suscritos en la modalidad bilateral, donde reciben favor los nacionales del otro Estado, ya con alcance multilateral y al objeto de reforzar la situación de extranjeros que reúnan una condición determinada –refugiados o apátridas–. La enumeración incluye también a los nacionales de aquellos Estados especialmente vinculados con el de referencia, bien por lazos históricos valorados positivamente por la legislación actual del propio Estado, bien por haberse embarcado formalmente en un proyecto de convergencia, como ocurre en el caso de la Unión Europea, al que nos referimos de inmediato.

#### 2. El ciudadano comunitario

No puede hablarse aún de una auténtica «nacionalidad europea». En primer lugar, porque, a falta de un vínculo directo de cada ciudadano con las estructuras del poder político y jurídico de la Unión Europea, lo que el nacional de cada Estado integrante ostenta –en y frente a los demás Es-

tados– no es sino una especie de «extranjería privilegiada», que le permite operar «como si fuera nacional» del correspondiente Estado de la Unión (Espinar y Blázquez).

El matiz puede apreciarse en el artículo 17 del Tratado. Proclama solemnemente que «se crea una *ciudadanía de la Unión*» –como presupuesto de la titularidad de los derechos y sujeción a los deberes previstos en el Tratado–, pero aclara que «será ciudadano de la Unión toda *persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro*»; y, por si quedaran dudas, el inciso añadido a este art. 17.1 por el Tratado de Ámsterdam advierte que «la ciudadanía de la Unión *será complementaria y no sustitutiva* de la ciudadanía nacional» (*Vid arts. 17 a 22 del Tratado de la Unión Europea, en la versión consolidada que incorpora los cambios efectuados por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, ratificado por Instrumento de 3 de diciembre de 1998 –BOE, 7 mayo 1999– y en vigor el 1 de mayo de 1999*).

La ciudadanía de la Unión Europea no puede considerarse, como se dijo, auténtica nacionalidad. Dicha ciudadanía significa actualmente que los nacionales de los restantes Estados de la Unión gozarán, en cualquiera de ellos, de una «extranjería privilegiada», que, por el momento, se concreta en los aspectos a que se refieren los artículos 17 a 21 del Tratado, o sea, en el «derecho a *circular y residir libremente* en el territorio de los Estados miembros», el «derecho a *ser elector y elegible* en las elecciones *municipales* del Estado miembro en el que resida», el acogimiento «a la *protección de las autoridades diplomáticas y consulares* de cualquier Estado miembro» en el territorio de un tercer país en el que el suyo no esté representado y en los *derechos de «petición»* ante el Parlamento Europeo y de *«reclamación»* ante el Defensor del Pueblo.

Además de la referida repercusión en el Derecho de extranjería español, que no puede desconocer esta nueva categoría de «extranjeros-ciudadanos europeos» (ni negar a éstos los derechos que el Tratado les confiere frente al Estado español), la misma integración de España en la Unión Europea, pero singularmente, la aceleración de la dinámica del proceso «conducirá a medio plazo a que la política de extranjería española sea, en gran medida, la política diseñada por la Unión Europea» (Pérez Vera).

### 3. El extranjero no-comunitario o de «terceros países»

#### A) El principio de equiparación en derechos y libertades

La situación de este «extranjero de a pie», en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales, se halla presidida por el art. 13 de la Constitución, por cuanto asegura que «gozará» «en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Contando con esta proclamación se ha podido de-



cir (Martín y Sagarra) que nuestro sistema de extranjería sigue el principio de *equiparación restringida*.

Mas allá de la Constitución y de los Tratados internacionales –vinculantes para España– no deberían perderse de vista ciertos contrastes de principio. Me refiero, ante todo, a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de extranjería –que se propuso fundamentalmente el control de las entradas y estancias en terreno español– y a la benéfica infidelidad de su Reglamento tardío (aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero), donde tímidamente se manifiesta la necesidad de prevenir la marginalización y se incrementan los derechos a prestaciones asistenciales. Pero el contraste es mayor, si se piensa en el principio secular que continúa exhibiendo el art. 27 del Código. Su imperativo de equiparación del no español –desde luego, no plena y más gravosa de mantener, actualmente, una vez invertido el signo de la migración–, según la mejor doctrina, lejos de eliminarse o limitarse a los derechos «civiles», debería proyectarse a todo tipo de derechos y libertades. Por ello, ha de reputarse positivo que no sólo persista tras la nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Hasta pudiera decirse que ésta supuso el fortalecimiento del principio civil de equiparación (cfr. art. 3.1).

#### B) *El tránsito de la extranjería (propia o paterna) a la nacionalidad*

Aunque no pueda descartarse la hipótesis de acceso a la nacionalidad española por persona que acredite los presupuestos de *atribución* que exigen los artículos 17 y 19 del Código o que llegue a adquirirla por otorgamiento discrecional de carta de naturaleza, cuando concurren en el interesado las circunstancias excepcionales que exige el art. 21.1, la vía que se pone al alcance del inmigrante para llegar a disfrutar de la nacionalidad del país de acogida será la denominada «*adquisición por residencia*» a que se refieren los artículos 21 y 22.

##### a) La atribución de la nacionalidad española

Por lo que hace a aquella posibilidad de atribución de la nacionalidad española –además, «de origen»– es preciso pensar no tanto en los propios inmigrantes como en su descendencia. En efecto, respecto de ésta no puede descartarse que acabe completando los indicadores de algunos supuestos de atribución *iure soli*. Me refiero, singularmente, a cualquiera de las letras del artículo 17.1, excluido el supuesto del apartado a). Puede darse el caso –especialmente si se piensa en Ceuta y Melilla– de hijo de inmigrante que acredite la nacionalidad española desde su nacimiento en consideración a que uno de sus progenitores pese a ser y permanecer extranjero (vgr. Marroquí) nació también –aunque fuera casualmente– en territorio español (art. 17.1.b).

Tampoco hay que descartar que hayan de considerarse españoles de origen los vástagos de otros inmigrantes, conforme dispone el artículo 17.1.c). Se requiere únicamente que aquéllos nazcan en España y que sus progenitores carezcan de nacionalidad (apátridas) o que, si la tienen, no se proyecte *iure sanguinis* a la descendencia nacida fuera de su propio territorio nacional. Sin ánimo de exhaustividad, puede recordarse que la Dirección General ha considerado que la nacionalidad española se adquiere *iure soli* cuando los progenitores sean *uruguayos, argentinos, colombianos, peruanos o portugueses*. No se aplica el art. 17.1, por contra, para prevenir situaciones de «apatridia sobrevenida», en el caso de que, atribuyéndose al niño *ab initio* una nacionalidad, corra el riesgo de perderla ulteriormente [*angoleño y/o zaireño, taiwanés, marroquí, iraquí, chino y rumano*].

La tercera hipótesis de atribución afectaría a quienes hayan nacido en España y, al margen de las sospechas de haber sido alumbrados por extranjeros inmigrantes, no resulta determinada su filiación, o sea, que no puede ser acreditada por ninguno de los medios del art. 113 del Código. Habida cuenta de esta carencia de identificación de los progenitores, los nacidos se considerarán españoles por imperativo del art. 17.1.d, que, además, amplía el supuesto de hecho con la previsión de que se *presume que nació en España* si se trata de *menor de edad* respecto del que no se conoce otro lugar –extranjero– de estancia previa. Como es lógico, no entra en juego la presunción cuando la madre, al momento del abandono en territorio español, declara que el niño había nacido en el extranjero.

Como comprenderán, no voy a detenerme en el juego que pueda dar la adopción como vía de atribución de la nacionalidad española a descendientes de inmigrantes o la adopción internacional como cauce de nacionalización de menores extranjeros. Es sabido, que la filiación adoptiva recibe, a través del art. 19, un tratamiento singularizado –y no exento de algunas críticas– por comparación con la filiación por naturaleza a la que acabamos de referirnos. Acaso conviniera recordar, entre los requisitos de atribución de la nacionalidad *iure adoptionis* que el adoptando ha de ser menor de dieciocho años (y extranjero, claro está). Tratándose de adopciones *constituidas por autoridad* extranjera constituye requisito añadido e imprescindible –cuya inobservancia acarreará el «no reconocimiento en España como adopción» y la denegación de la inscripción en el Registro Civil– que la entidad pública competente «haya declarado la *idoneidad del adoptante*, si éste fuera español y estuviere domiciliado en España al tiempo de la adopción» [art. 25.1.b) y DA 2.ª LO 1/1996, de 15 enero, y art. 9.5.V del CC, red. según DF 2.ª de aquélla]. En este supuesto, sin pretender ser exhaustivos, parece oportuno recordar que no atribuyen la nacionalidad española aquellas adopciones de menor extranjero *constituidas por autoridad no española* cuando responden al tipo de adopción *de efectos débiles*: adoptandos paraguayos, salvadoreños, dominicanos, marroquíes o los de



algunos estados mejicanos. Especial importancia han tenido las adopciones de Nepal y las chinas. Aquéllas, porque habiéndoseles negado primero la inscripción, acabó por apreciarse su «equivalencia», con el argumento de que la revocación a voluntad de los padres biológicos sólo afecta –lo que es inadmisibile– a los adoptados varones; y las chinas, en la medida en que llevaron a concluir que la necesaria «correspondencia de efectos» no equivale ni puede equivaler a «identidad de efectos», con lo que se «salva» la posibilidad de «revocación». Por último, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil (BOE, de 18 de mayo), añade un párrafo final del siguiente tenor: «La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil».

#### b) La puesta a disposición de la nacionalidad española

Personalmente vengo utilizando el giro de este rótulo para no generar equívocos, cuando me refiero al «ofrecimiento de la nacionalidad española» que da sentido a la *posibilidad de optar* a ella, particularmente, en el caso de que el extranjero fuere mayor de 18 años al momento de su adopción por español o en el supuesto de que la constatación de su nacimiento en España *se produzca después de los dieciocho años de edad*. En este contexto, los artículos 17.2 y 19.2 reconocen el derecho de opción ejercitable en el *plazo de dos años* a contar de la adopción o de la constatación.

#### c) La adquisición de la nacionalidad española

Como ya he dicho, la *adquisición por residencia* puede considerarse la vía ordinaria de nacionalizar a los inmigrantes, aunque no hay que olvidar tres cuestiones cuya inteligencia parece dotada de cierta flexibilidad<sup>4</sup>: a) el requisito de que la residencia exigida haya de ser «legal» (art. 22.3); b) la necesidad de que el interesado «justifique» «buena conducta cívica

---

<sup>4</sup> Además de en estas cuestiones «delicadas», sería interesante detenerse –lo que aquí no es posible– en lo relativo a los *plazos*, excesivo el ordinario de 10 años e igualmente desproporcionado el de cinco años que se ofrece a quienes hayan obtenido asilo o refugio. Por lo demás, si no se objetan los dos años que precisan los nacionales de origen de los países especialmente vinculados a España, cabría reflexionar en torno a la oportunidad de mantener la exigencia en un año, para alguna de las hipótesis, o devolverlos al mecanismo de la opción. Por otra parte, la perspectiva migratoria redoblaría el interés para los casos contemplados en los apartados a), d) y f) del artículo 22.2, esto es, *nacimiento en territorio español* –careciendo de los indicadores exigidos para la atribución por el art. 17–, *matrimonio con español o española* –con el problema de los denominados matrimonios «blancos o de conveniencia»– y *nacimiento fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles* –para reintegrar la tercera generación de emigrantes españoles nacida y arraigada en el extranjero; la segunda dispuso, transitoriamente, de un derecho de opción y goza del mismo plazo abreviado en virtud del apartado b)–.



y suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22.4); c) la posibilidad de que el Ministro de Justicia deniegue la concesión «por motivos razonados de orden público o interés nacional» (art. 21.2).

En general puede caracterizarse esta *vía ordinaria* por contraste con la más «selecta» que viene a significar la carta de naturaleza. Quiero decir que aquélla no engarza con «méritos excepcionales», sino con una concluyente y prologada actitud de vivir como español, toda vez que la solicitud correspondiente descansa sobre el *previo arraigo* físico en territorio español acompañado de una cierta *integración cultural*. Se trata, por lo demás, de una concesión puntillosamente «reglada»: si el interesado acredita las referidas «condiciones», conforme especifica el art. 22, el *Ministerio de Justicia deberá acceder a la solicitud*; sólo, *excepcional y razonadamente*, podrá denegársela por motivos de *orden público o interés nacional* (art. 21.2) y quedando siempre a salvo la posibilidad de recurrir a la *vía judicial* contencioso-administrativa (art. 22.5).

Ello no obstante, trata de imponerse la opinión de que no basta con reunir las exigencias que permiten solicitar la concesión para ostentar, propiamente hablando, «un derecho a adquirir la nacionalidad española» [Díez del Corral]. La precisión busca servir argumento a estas dos conclusiones: a) cuando se resuelve negativamente una solicitud no cabe decir que «se sacrifica» un derecho del peticionario; simplemente no se «constituye» [Peña]; b) como el derecho no preexiste a la «concesión», no basta llenar los requisitos fijados por la norma para conservar aquél, en el supuesto de que el legislador decida «endurecer» el régimen [Pretel]. Ahora bien, como he escrito en otro lugar, entiendo que resulta igualmente legítimo razonar a la inversa: dado que el «no reconocimiento» o «sacrificio» únicamente se autoriza cuando haya de prevalecer el interés general –motivos de orden público o interés nacional–, debiendo ser «razonada» la concurrencia de tales justificaciones y siendo susceptible de ulterior control judicial, lo mismo cabría empezar diciendo que el peticionario –que reúna los demás requisitos– ostenta un derecho a que se le reconozca la posibilidad de adquirir la nacionalidad.

Por lo demás, mientras que los requisitos de «continuidad» e «inmediatez» de la residencia son tradicionales en el Código. La «legalidad» se incorpora en 1982, para conjurar el peligro de que se concediera la nacionalidad española «a extranjeros indocumentados o que habían entrado clandestinamente en territorio español y que no se habían preocupado de regularizar su situación administrativa en España» [Díez del Corral]. Con idéntico propósito, se estableció la «equivalencia» del requisito con el «permiso *ad hoc*» al que se refiere el art. 13.4 Ley Orgánica 7/1985<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> «Sólo se considerarán extranjeros *residentes* las personas amparadas por un permiso de residencia».

Así es que la «legalidad-regularidad administrativa» viene a condicionar todo el proceso de concesión por residencia: sin «permiso de residencia» de nada sirve permanecer en territorio español y un descuido en la renovación amenaza con tornar inútil cualquier residencia previa. Tras la reiteración del requisito por la Ley 18/1990, la alternativa se manifiesta, de un lado, en la opinión que enlaza directamente la «legalidad» con el «permiso de residencia», aun recordando la necesidad de adicionar el supuesto de quienes tengan la condición de asilado [Lete] y, de otro, en la que arranca de un concepto «fáctico» de residencia legal, entendiendo que ésta existe siempre que no haya de reputarse «ilegal», esto es, siempre que se halle apoyada en «un título por el que el Estado español permite esa presencia», uno de los cuales –mas no el único– es el «permiso de residencia» [Reglero]. Personalmente, ha suscrito y mantengo esta última inteligencia.

Otro aspecto «delicado» es el relativo a la apreciación de la «conducta» e «integración» del que pretende hacerse español. Como se sabe, ambos indicadores fueron elevados de rango y formalizados como «requisitos» en el art. 22.4 con motivo de la Ley 18/1990. Hasta entonces, la carga de la prueba al respecto encontraba apoyo en preceptos reglamentarios, pues el solicitante debería indicar «si habla castellano u otra lengua española; cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles» [art. 220.51 RRC] y el Encargado, en el trámite de audiencia personal, «comprobar el grado de adaptación» [art. 221.VI RRC]. Vale decir que, tras la reforma, la audiencia ha cobrado «mayor importancia», que el Ministerio podrá denegar la concesión, aunque se reúnan los «otros» requisitos y sin necesidad de oponer motivos razonados de orden público o interés nacional, sino justamente por no concurrir la «conducta cívica» o la «integración suficiente». El resultado, sin embargo, es que la Administración ha consolidado dos nuevos espacios en los que hacer valer su apreciación sobre la «adecuación» de la historia personal del solicitante. En consecuencia, es preciso instrumentar las «garantías» para que aquellos conceptos jurídicos indeterminados no sirvan a la mera subjetividad del Centro Directivo. La idea de «conducta inapropiada» no puede hacerse equivalente a la existencia de cualquier imputación ni a la simple condena penal [cfr. SSTS, 30, de 24 abril 1998 –se achacaba ejercicio de prostitución y detención por hurto sin condena alguna– y de 2 junio 1988, que mantiene la apreciación negativa de la conducta y ofrece unos parámetros razonables al efecto].

Por último, es de signo contrario –favorable al control– el matiz introducido por la Ley 18/1990 a la previsión del art. 21.2 –podrá denegarse la concesión por residencia por motivos «razonados» de orden público o interés nacional–. Tiene la virtud de obviar el debate sobre el sentido del art. 223.III al autorizar la «no motivación» –ya simple y llanamente



derogado—y la de restar fuerza de convicción a quienes siguen pugnando por poner estas denegaciones al resguardo del control judicial. No se trata, pues, de «una potestad de veto» cuyo ejercicio quede a criterio de «un órgano político» —el Ministro—, ni es legítimo «sacrificar» derechos individuales a pretexto de «intereses genéricos» cuyo peligro no se justifica. El Ministro de Justicia —*recte*: el Director General— puede, si lo prefiere, interponer el velo de la «discreción política» para «motivar» genéricamente y «sin necesidad de entrar en mayores detalles», pero no podrá impedir que los Jueces y Tribunales consideren insuficiente la «justificación» y remuevan el presunto obstáculo que impide la naturalización en el caso concreto: no parece razonable limitar el poder de los jueces a cambio de evitar a la Administración hipotéticas «indiscreciones».

#### 4. La recuperación de la nacionalidad española

(pensando en el retorno)

##### 1. Antecedentes

Aunque la recuperación no haya sido ajena a los cambios legislativos, puede prescindirse de la evolución normativa, en la medida en que siempre ha regido el principio de que la recuperación únicamente se completa cuando se inscribe en el Registro Civil. Lo contrario ocurría con la «pérdida» que pudo haberse producido en el pasado y por causas pretéritas, aun cuando no se haya inscrito; así que, para calibrar la eficacia de una pérdida no inscrita, habrá que recomponer el cuadro de vigencias al instante en el que se pretenda producida; para dictaminar una recuperación, bastará consultar el Registro Civil.

Aun cuando el art. 26 contempla toda recuperación de la nacionalidad española, la que «se perdió» —más o menos voluntariamente— y aquella de la que «se privó» al interesado, la exposición se limitará a la primera hipótesis.

Los avatares de interés se refieren a la exigencia de *radicarse en España* y a la de «renunciar» a la nacionalidad extranjera. En cuanto a la domiciliación, primero se exigió «volver al Reino» (art. 21/1889), luego se eliminó (1975), y finalmente se recupera (1982): entonces no basta con el «regreso», sino que se precisa la «residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición» (art. 26.I.1º), con lo que surge el problema de dosificar la exención y/o dispensa. La exigencia se consolida en la Ley 18/1990 con la fórmula de «ser residente legal en España» del art. 26.1.a), que será respetada por la Ley 29/1995. En el otro particular, aunque no han faltado los amagos de supresión del requisito de «renuncia a la nacionalidad anterior», la Ley 18/1990 se limitó a dulcificarlo requiriendo sólo la «declaración de renuncia» en los



supuestos de nacionalidades incompatibles con la española, a la par que –como no podía ser de otro modo–exime de esa declaración a los «naturales de los países mencionados en el artículo 24» (art. 26.1.c), también en la versión de la Ley 29/1995).

## 2. Los requisitos de la recuperación

El último episodio vino escrito en la versión del art. 26/1995, con el propósito de subsanar determinadas inconveniencias aportadas por las precedentes reformas (1982 y 1990). En general, hay un requisito material o sustantivo –*residencia legal* en España–, y tres requisitos formales –renuncia, declaración de querer recuperar e inscripción– Pero, si se mira despacio, sólo la *declaración* y la *inscripción* resultan inexcusables.

Así, la *renuncia* no es exigible a los naturales de los países mencionados en el artículo 24 y, en los demás supuestos, no se exige que sea efectiva, pues basta la sola «declaración»; y el requisito de la *residencia legal*, por un lado, no es aplicable, desde 1995, a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes –tampoco a la mujer que perdió la nacionalidad española por razón de matrimonio–; y, por otro, es dispensable en los demás supuestos por el Ministro de Justicia cuando concurren circunstancias excepcionales<sup>6</sup>.

## 3. La recuperación desde el extranjero y el concepto de emigrante

La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ha puesto fin a la contestada exigencia de que los emigrantes y sus hijos hayan de acreditar su residencia legal en España cuando pretendan recuperar la nacionalidad española que perdieron como consecuencia del fenómeno migratorio. Así lo proclamó

---

<sup>6</sup> El tratamiento de la *no exigencia de residir en España* para la recuperación de la nacionalidad ha dado lugar a un régimen diferenciado en cada una de las reformas legislativas, a partir de la Ley 51/1982. En ésta, el art. 26.II establece que «el requisito de la residencia será dispensado por el Ministerio de Justicia a los españoles emigrantes que justifiquen tal condición. También se dispensará a los españoles que hayan adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge. En los demás casos la dispensa tendrá carácter *discrecional*». Con la Ley 18/1990, el art. 26.1.a). II recupera la configuración natural de la «dispensa», la encomienda al «Gobierno» y considera destinatarios «privilegiados» a los «emigrantes o hijos de emigrantes»: «Cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por el Gobierno. En los demás casos, la dispensa sólo será posible si concurren circunstancias especiales». Finalmente, la Ley 29/1995 se propuso rectamente «la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, por considerar que «Si bien este requisito puede ser dispensado por el Gobierno, la experiencia de estos años viene demostrando que el trámite de la dispensa –que termina, además, favorablemente en la casi totalidad de los casos– es excesivo y dilatorio».

la Exposición de Motivos, al señalar que «el propósito de la presente ley es, pues, la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, lo que guarda armonía con el deber del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores españoles en el extranjero».

De igual modo, la Ley 18/1990 extiende el beneficio de la dispensa –hoy exención– a los hijos de los emigrantes, con tal de que éstos hubieran ostentado en algún momento de su vida la nacionalidad española, independientemente del lugar de su nacimiento. No se comprenden, por tanto, en el régimen privilegiado del artículo 26 los hijos de emigrantes españoles que, habiendo nacido con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española de sus progenitores, no llegaran a ostentar en ningún momento la nacionalidad española, como resulta lógico si se atiende al hecho de que, en tal hipótesis, no cabe hablar de «recuperación» (no habiendo recibido la nacionalidad española, necesitan «adquirirla»). No cabe duda, por el contrario, que pueden beneficiarse quienes no nacieron en España por haberse iniciado ya el periplo migratorio de sus padres y haber obtenido la nacionalidad española exclusivamente *iure sanguinis* (lo que se discutió hasta la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, por cuanto ellos personalmente «no emigraron»).

Para los «hijos o descendientes de españoles» nacidos ya «extranjeros», si no aprovecharon el privilegio temporal de adquirir la nacionalidad de sus ascendientes ejercitando la opción –DT 3<sup>a</sup> Ley 18/1990 y 1<sup>a</sup> Ley 29/1995: padre o madre de origen español y nacido en España–, no queda otro cauce de acceso que la adquisición por *residencia* en el plazo de *un año* al amparo del artículo 22.1.f (no exige que el progenitor sea «nacido en España» pero requiere que se haya residenciado el propio solicitante).


Los *nietos* u otros descendientes del emigrante, aunque hubieran nacido españoles, no gozarán de la exención (que beneficia sólo a los emigrantes y sus *hijos*), si pretenden recuperar la nacionalidad española. Habrán de acreditar dicha residencia u obtener la dispensa del Ministro de Justicia, por concurrir en ellos las circunstancias *excepcionales* a que condiciona la dispensa el art. 26.1.a) *in fine*.

Por lo que hace al *concepto de emigrante*, a los efectos de la exclusión del requisito de su residencia legal en España, así como la de sus hijos con anterioridad españoles, debe descartarse cualquier orientación restrictiva. Como señala la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991, «sólo se exige hoy el hecho físico de la emigración y no que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquélla». Tampoco debe condicionarse la ventaja a la comprobación de que la «huida» se debiera a necesidad económica o a presión política. Quienquiera que, siendo español, partiera de España, así como los hijos a los que proyectara dicha nacionalidad, podrá recuperarla sin necesidad de «volver al reino». Final-

mente y por remisión de la DT 2ª de la Ley 29/1995, la exención se extiende a la mujer que dejó de ser española «*iure matrimonii*» antes de 1975, aún en el caso de que no se hubiere llegado a desplazar al extranjero.

#### 4. La inscripción de la recuperación

El deseo de recuperar la nacionalidad española ha de hacerse expreso y ser formulado de manera solemne, precisamente, «ante el Encargado del Registro Civil» [art. 26.1.b)]. A este respecto, es Encargado competente para recibir la declaración en el domicilio del interesado y la inscripción se practica al margen de la de nacimiento. Esta reviste carácter constitutivo de la recuperación, pero puede formalizarse sin observar el «tracto sucesivo», esto es, sin que conste previamente la pérdida de esa misma nacionalidad, desde el momento en que se admiten recuperaciones «para mayor seguridad del estado civil» [Díez del Corral, y Peña].

En efecto, conforme a la Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983, «La inscripción,... presupone que ha habido previamente pérdida ... Ahora bien, aunque la inscripción de esta última sea obligatoria,..., ello no impide que pueda inscribirse directamente la recuperación sin necesidad de que se extienda antes el asiento de la pérdida. Habrá que distinguir entonces dos posibilidades: una, que el asiento de recuperación contenga en sí la inscripción de la pérdida con justificación de los requisitos especiales exigidos para la inscripción de este hecho, caso en el que el Registro probará tanto la pérdida como la recuperación; otra, que por cualquier causa, por ejemplo, por el tiempo transcurrido, no sea posible acreditar plenamente todos los requisitos de la pérdida, hipótesis en la que el Registro no probará esta última y la recuperación se admitirá, no obstante, para mayor seguridad del estado civil del interesado, el cual, quizá, habrá seguido siendo siempre español». 

#### 5. Referencia bibliográfica

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990; «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», en *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Madrid, Colegio de Registradores, 1994, pp. 11-132.

Dolores BLÁZQUEZ PEINADO, María. *La ciudadanía de la Unión (Los derechos reconocidos en los artículos 8.A a 8.D del T.C.E.)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998.

DÍAZ GARCÍA, Nieves. *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Madrid, Cívitas, 1991.



- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», *Revista de Derecho Privado*, 1983, p. 813; «Comentario al art. 23», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 132-146; y en *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, t. I.
- MARÍA ESPINAR VICENTE, José. *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Cívitas, 1994.
- CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, José. *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987.
- GARAU JUANEDA, Luis. «El concepto de 'residencia legal y continuada' en el artículo 22 del Código civil», *La Ley*, 1988-4, pp. 1158-1168.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993; «Comentario a las disposiciones transitorias de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. por R. Bercovitz, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 867-881; «De los españoles y extranjeros (art. 17 a 26)», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Rams, tomo II, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 9 a 187.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. «Normativa aplicable a los nacionales de terceros estados en la Unión Europea», en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 59-86.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. «La pérdida voluntaria de la nacionalidad española: breve examen del art. 24 del Código civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núm. 11 y 12 monográfico: *Reformas del Código civil 1990-1991C*, p. 355.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. «Pérdida de la nacionalidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo II, pp. 85-89.
- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. «Comentario al art. 27», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por RAMS, tomo II, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 2000, p. 189 ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 3º, arts. 17 a 41, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1993.
- PÉREZ VERA, Elisa. «Derecho de extranjería», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6ª ed., Madrid, UNED, 1996, pp. 225-281.
- PÉREZ VERA, Elisa y ABARCA JUNCO, Paloma. «Derecho de la nacionalidad», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6ª ed., Madrid, UNED, 1996, pp. 167-221.
- PÉREZ VERA, Elisa y ABARCA JUNCO, Paloma. «Comentario al art. 11.3.- Doble nacionalidad», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. por Oscar Alzaga Villamil, Madrid, 1997, t. II, pp. 149 a 167.
- PÉREZ VERA, Elisa y J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. «Comentario introductorio al capítulo I del título I de la Constitución. De los españoles y extranjeros (arts. 11 a 13)», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. por Oscar Alzaga Villamil, Madrid, 1997, t. II, pp. 109-124.
- SAGARRA i PRATS, Eduard. *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch, 1991.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos., «Comentario al art. 24», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. por R. Bercovitz, Madrid, Tecnos, 1993.
- VÁZQUEZ PASCUAL, David. «La libre circulación de personas en la Unión Europea», en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 663-703.

## LA PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRIENTES DE VIVIENDAS EN FASE DE CONSTRUCCIÓN

Joaquín Rams Albesa  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense

La materia que han tenido la amabilidad de encomendarme mis colegas tiene ciertos riesgos en cuanto a su génesis, desarrollo e interpretación. Pues, los tres aspectos se mueven en ese proceloso mundo tan español de hacer de la necesidad virtud. Estamos en presencia de uno de esos asuntos que están más próximos a la picaresca que a la disciplina propia de un mercado organizado y disciplinado por unas cuantas reglas seguras, sucintas y sencillas; y a la picaresca se suele responder con remedios campanudos y hasta cierto punto sorprendentes. Este me parece a mi que es el caso.

La crisis de Sofico-Renta –un *affaire* sumamente complejo en los aspectos jurídico y urbanístico, así como en los contractuales, pero es claro que actuó en todos ellos con voluntad de enriquecimiento ilegítimo y sin excesivo reparo respecto de los órdenes penal, administrativo, civil e incluso ético, como pone de manifiesto sin citar al sujeto de la alarma social la E. M. de la ley de 1968– se resolvió en cuanto tal crisis social y no como caso judicial, a mi modo de ver la cuestión, dando lugar a una reacción exagerada y desmedida respecto de una realidad en la que la prevención legal quería moverse, en ella que se confunden dos realidades que suelen manifestarse de forma abusiva, pero que no aparecen necesariamente concatenadas, la de la especulación sobre el suelo con infracción

de la disciplina urbanística y la del promotor con vocación de estafador respecto de los adquirentes de las viviendas que él proyecta o se dispone a construir.

Esta coyunda manipuladora de la legalidad estaba muy presente en el caso Sofico, pero había un elemento más, sin el cual no era posible el caso, que no era otro que el afán de la inmensa mayoría de los clientes de Sofico de enriquecerse rápidamente y muy por encima de las posibilidades ordinarias, pensando ingenuamente –en la línea de actuación de los bur-ladores burlados con la estafa callejera del «tocomocho»– que los gestores de la empresa serán honestos para con ellos y deshonestos para con los clientes ocasionales del conjunto.

O lo que es lo mismo, quisieron entender que los gestores se comprometerían penalmente en beneficio de los pequeños inversionistas. Un supuesto de bandolerismo romántico andaluz oficializado. Todo un desmadre intelectual que desemboca en un lógico desastre del que se hace eco el Estado, porque éste se siente preocupado en una absoluta y lamentable falta de vigilancia en un campo económico abundantemente regulado, más varias toneladas adicionales de gravísimas irregularidades administrativas de docenas de municipios, varias administraciones provinciales y alguna que otra autoridad central.

Me parece claro, en este su contexto histórico, que la protección que trata de brindar la Ley de 27 julio 1968 resulta ser mucho más «social» que «jurídica», pese a tratarse de una ley tramitada en Cortes, baste como prueba el que «ordene» la irrenunciabilidad de los derechos concedidos por la misma, en la línea de la legislación arrendaticia de la época. Así como, porque opta por una acumulación de garantías en vez de regular de una vez por todas el contrato de obra –tarea parcialmente pendiente todavía hoy– y la figura del promotor, claro está que para lo último era preciso implicar al Ministerio de la Vivienda y en aquel preciso momento el horno estaba demasiado caliente para hornear bollos sin provocar un escándalo adicional.

Hay dos razones de peso para dejar bien clara la tendencia social que se adopta en el texto legal, con descuido de la expresión jurídica.

Una primera y hasta principal; la realización de una inversión por particulares, la más de las veces padres de familia, que resulta ser de tal cuantía que supone, en todos los casos y sin excepción digna de mención estadística, el montante total de varios años de trabajo no admite que la diligencia exigible al adquirente sea siempre también lamentablemente escasa como lo son sus bienes, como mínimo requeriría saber quién, en términos de cumplimiento de sus obligaciones, resulta ser el promotor y cuál su efectiva solvencia, pues la ley parece descargar al adquirente de tan importante tarea por la vía de la cobertura objetiva, bien por aseguramiento, bien por concertar un aval solidario con una entidad de crédito.



Otra segunda, invariablemente las garantías corren de cuenta del promotor y naturalmente la gestión de las mismas. Al respecto me parece que debo afirmar que no creo que al hipotético delincuente que contempla la norma como hipótesis le arredre demasiado incurrir en el delito de apropiación indebida y ser sancionado con graves multas; lo prudente y serio es, todavía hoy, regular el contrato de obra y fijar las condiciones objetivas y no dispensables de ejercicio de la función de promotor. Cualquiera otra orientación tiene como resultado, inducir a los que ya son de por sí descuidados e ignorantes a rebajar más aún la escasa diligencia que de hecho despliegan, amén de sentirse víctimas del sistema.

¿Quiero decir con ello que la idea que subyace en la ley 27 julio 1968 es descabellada o simplemente herrada?

A buen seguro y con toda certeza afirmó que no; más bien al contrario. Entiendo que la ley se queda en el exterior del problema y además muy corta, sin que haya recibido la adecuada corrección en la reciente ley de 5 de noviembre de 1999, la cual en su Disposición Adicional primera la confirma la mencionada ley de 1968 en su vigencia y la extiende en cuanto al ámbito de aplicación, sin hacer constar que la tipificación penal y las sanciones por favorecer el desorden público han sido derogadas por el Código penal vigente (la figura cuadra hoy con la estafa pero no con la apropiación indebida) y por la propia Constitución respecto de la Ley de orden público.

Esta ley no es ni creo que lo pretendiese ser, en modo alguno, una ley técnica, por ello muestra vacíos de alguna consideración y acumula garantías al modo de la criticada técnica de la albarda sobre albarda, se promulga con la finalidad básica de tranquilizar a los inversores en vivienda propia y ganar confianza para el Ministerio de la Vivienda de la época.

Más bien tiene el corte propio de una legislación de urgencia que, como no es infrecuente entre nosotros, seguirá vigente hasta que registremos un nuevo escandalazo, es nuestro sino en materia de legislación provisional, tal vez las más resistentes a la derogación, entretanto nos dedicamos a reformar magníficas leyes como la de Aguas o la de Enjuiciamiento civil.

En 1968 era evidente y lo sigue siendo ahora que el contrato de «arrendamiento de obra», según la sistemática romano-francesa, no cubría las mínimas necesidades de la conflictividad registrada en el sector de construcción de viviendas, de por sí muy conflictivo.

Lo era también y lo sigue siendo que muchos vacíos de la letra del Código no pueden colmarse a partir de la necesaria e imprescindible autonomía de la voluntad de las partes, puesto que, al menos para una de ellas, se le tienen que escapar muchísimos detalles técnico-constructivos y técnico-jurídicos. Con esto no se quiere decir, sino todo lo contrario, que se deba recurrir a un marco rígido de contratos reglamentados que, a la postre, no sirven para más que para encarecer un bien ya de por sí exagera-

damente caro o lo que es peor para servir de coartada al encarecimiento y a la insuficiencia de la oferta.

La regulación del contrato bajo las circunstancias y necesidades actuales debería salvar la indeterminación calculada y buscada en que se mueve el sector. Véase si no el eufemismo del artículo 1º de la ley que llama a un adquirente a título oneroso de un bien futuro «cesionario».

¿Qué se le cede, la posición del promotor respecto del bien? Desde luego que no.

Es mucho más sencillo, en las hipótesis barajadas de forma asistemática para la redacción de precepto sólo cabe dos posiciones:

Una. Se adquiere un piso proyectado, con o sin situación de prehorizontalidad.

Otra. Se adquiere el derecho que tenía un adquirente anterior que desiste y se subroga en el lugar del comprador primero del piso proyectado.

Lo cual quiere decir que no pueden ni deben desconocerse las consecuencias que son propias de la compraventa, incluida la teoría de los riesgos que en el artículo 1º parece que se obvian, pero que evidentemente no resulta ser así; bueno, es que no puede serlo puesto que la garantía no va más allá de asegurar las cantidades anticipadas.

Si, en principio, las obligaciones impuestas *ex lege* deben interpretarse restrictivamente, deberemos entender que el seguro o aval solidario pactado cubre, desde luego, un hecho comprobado de un no inicio de las obras en el plazo pactado como supuesto de radical incumplimiento por parte del promotor; pero no así incondicionalmente para el segundo supuesto, el de que «no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido», la interpretación literal de este segundo supuesto supondría la derogación material para este caso de la totalidad de la responsabilidad contractual tal y como la conocemos, porque el seguro no cubre cualquier riesgo corrido o por correo por parte del adquirente, sino tan sólo el de incumplimiento del promotor.

Esto último es claro, buena prueba de ello es que la mayor concentración de jurisprudencia sobre esta ley se concentra en un tratamiento penal y de disciplina administrativa del artículo 6º que como es de regla requiere de un incumplimiento, por lo que el «por cualquier causa» resultó ser una exageración de la letra de la ley. Exageración del legislador que ya está presente en la Exposición de Motivos de forma tal que se vio obligado el redactor a rectificar admitiendo que hay promotores y entidades que cumplen con sus deberes y obligaciones.

La obligación de recibir las cantidades por mediación de una entidad de crédito mediante la apertura de una «cuenta especial» resulta ser un requisito infantil, como si de este modo el dinero estuviera más seguro o, aún peor, las entidades crediticias diesen más fe de la entrega del dinero que la que se otorga a un recibo extendido por el propio promotor que lo recibe.



El implicar en la responsabilidad a las entidades crediticias como lo hace el artículo 1º, 2ª de la ley constituye un caso típico de ejemplo de afición por parte del régimen anterior por el dirigismo económico.

Aunque, justo es reconocerlo, a las entidades bancarias y de ahorro les encantaba estar directa o indirectamente en el candelero, sobre todo si las consideraban como referencia de garantía, en cierto modo esto sigue siendo así olvidándose los «operadores jurídicos» que los documentos aún bancarios no dejan de ser documentos privados.

En el artículo segundo se exige que la «cesión» conste en documento, absurdamente documento privado con todos los inconvenientes que comporta en orden a la ejecución y esta ley es de ejecución de garantías por incumplimiento.

Uno de los defectos mayores observables en los hábitos generalizados en materia de tráfico de inmuebles con precio aplazado es el de hacerlos constar en documento privado, fuente de un sinnúmero de problemas de difícil solución o al menos rápida. Los adquirentes están convencidos de que la intervención notarial y el fisco resultan carísimos; no hay tal, si el alcance del documento debe ser el anticipo de cantidades puede formalizarse de modo que dé lugar al impuesto de actos jurídicos documentados (al 0,5% como es bien conocido). Otra cosa es que los hábitos fiscales y de voracidad recaudatoria habitual acabe imponiendo que se paguen los impuestos propios de las transmisiones y las milongas de las plusvalías –mera succión de recursos con cargo a la inflación– aunque todavía no se haya podido transmitir nada. En estos contratos el objeto inmediato es la gestión de una obra y sólo el mediato la adquisición de la vivienda.

El contrato «privado», como mínimo, debe contener los extremos a que obliga al promotor el artículo 1º de la ley; es decir, estamos en presencia de una norma tautológica que en nada completa, aclara o enriquece a lo dispuesto en el artículo anterior.

El artículo 3º es un defectuoso recuerdo del viejo y siempre disponible para estos casos artículo 1124 del Código civil con la deficiencia técnica de confundir la resolución con la rescisión, confusión ciertamente grave, aunque como sabemos muy frecuente, demasiado.

La rescisión hace referencia a las circunstancias extrínsecas del contrato que se ha cumplido o se está cumpliendo, en tanto que la resolución viene a cuento en los casos en los que hay incumplimiento, sin necesidad de más calificaciones; es decir, no es necesaria una noción de fraude que califique la conducta del incumplidor.

Así el artículo 1124 resulta aplicable directamente y sin las limitaciones propias de los requisitos exigidos en los artículos 1º y 2º de la ley, de los que, por cierto, no nos ha dicho que consecuencias produce su ausencia: si nulidad o anulabilidad.

Muchos se inclinarán por la nulidad porque según el texto de la ley



afecta al «orden público», nada menos. No soy de este parecer, pues la nulidad podría ser invocada por el incumplidor y no es el caso.

Estamos una vez más en un caso civil de anulabilidad que debe ser instado por el contratante al que la ley llama cesionario y no adquirente a plazos anticipados, sin ninguna especialidad en este punto.

La llamada al orden público y a su Ley, derogada por la Constitución, supone una exhibición de contundencia futura tras convivir la administración pública con el referido caso Sofico, que, en su caso, posibilitará poner alguna que otra multa millonaria que nada resuelva. De todos modos este punto y el de la tipificación penal están ambos a dos derogados por el nuevo orden penal constitucional.


La no iniciación de las obras se dispone que obre en documento público fehaciente y como no podría ser de otro modo; caben dos soluciones: la consabida y segura acta notarial o la no tan segura certificación administrativa del Ayuntamiento. Digo no tan segura porque ésta se puede servir para la más corriente de las coartadas de los promotores para no comenzar una obra en el tiempo anunciado: dificultades con la administración municipal. Y lo mismo ocurre con el plazo final de entrega y la obtención de la cédula de habitabilidad, otros dos aspectos sumamente discutibles.

El plazo de entrega no es un término esencial que permita la resolución del contrato vía artículo 3 de la ley, ni por la del artículo 1124 del Código civil; es sí un dato importante y altamente relevante que merecería por su importancia ser objeto de una mayor precisión legal, su incumplimiento da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios que como manifestación que son de una responsabilidad civil contractual son susceptibles de ser objeto de cobertura de un seguro *ad hoc* que sólo será el contemplado en la ley para el caso de que el retraso sea doloso, dígame lo mismo de la cédula de habitabilidad, pues en esa línea dulcificó la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la resolución sobre retrasos y vicios subsanables con base en el 1124 Código civil que guarda identidad técnica y de razón con el artículo 3º de la ley repetidamente citado.

Especial interés en el artículo 5º de la ley sobre propaganda y publicidad de las promociones y que se suele incumplir sin que ocurra nada relevante. La exigencia de que se haga público quiénes serán el garante asegurador o el avalista crediticio y en qué entidad de crédito se operará, resultaba sumamente interesante puesto que al asociar a empresas aseguradoras y a entidades de crédito a la publicidad y promoción estas entidades pondrán buen cuidado en la veracidad de la información y en su específico y puntual cumplimiento.

Este extremo constituye una garantía fáctica de primer orden que las autoridades competentes en urbanismo deberían esforzarse en hacer cumplir.

A nadie se nos escapa el papel relevante que las instituciones financieras a juegan en la actividad de construcción, así como lo celosas que son de que su nombre aparezca sin la menor mácula en los medios de publicidad.

A estas defensas específicas, que deberían haber sido objeto de una sustancial clarificación y ordenación con ocasión de la aparición de la nueva regulación, se deberían asimismo de añadir otros medios de defensa de la adquirente, como son la responsabilidad de la administración municipal con ocasión de la emisión onerosa de licencia de obras en materia de urbanismo y la del Colegio de Arquitectos por la comisión del visado al proyecto arquitectónico. El proyecto y la licencia se deberían operar entre nosotros tal y como son, como un título valor de cuya solvencia responden que desaparecen en él signándolo y percibiendo tasas u honorarios, pues de lo contrario nos encontramos con exacciones bastante justificadas o incluso sin causa en el caso de la visa colegial del proyecto. 







COMENTARIOS

NOTAS E



# EL ACCESO A LA INFORMACIÓN JUDICIAL

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Córdoba

## 1. Lo público y lo privado y las actuaciones judiciales

Hace casi doscientos años desde que Benjamin Constant pronunciara su famosa conferencia sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos<sup>1</sup> en la que subrayaba el distinto significado que poseía en el mundo grecolatino y el que la caracteriza en la época contemporánea. Mientras para aquéllos se realizaba en la esfera de lo público, la de éstos descansa en la vida privada.

En particular, dice Constant de la libertad de los antiguos que

«consistía en ejercer, de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar en la plaza pública (...) pero a la vez que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían como compatible con esta libertad colectiva la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto (...). Todas las actividades privadas estaban sometidas a una feroz vigilancia; nada se dejaba a la independencia individual (...).

---

<sup>1</sup> Benjamin Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos» (conferencia pronunciada en el Ateneo de París, febrero de 1819), en sus *Escritos Políticos*. Traducción, estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 257 y sigs.



La autoridad intervenía incluso en las relaciones domésticas (...). Así, entre los antiguos, el individuo, soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas (...)»<sup>2</sup>.

Por el contrario,

«entre los modernos (...) el individuo independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia, incluso en los Estados más libres»<sup>3</sup>.

El autor suizo explica las transformaciones políticas y económicas que han conducido a este cambio trascendental<sup>4</sup> para concluir diciendo que, frente a la libertad de los antiguos consistente en la participación activa continuada en el poder colectivo, «nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de nuestra independencia privada»<sup>5</sup> sin llegar a sacrificarla a los derechos políticos, como ocurría en la antigüedad. Precisamente, la construcción de esa esfera reservada, la idea de libertad como autonomía individual, antes que como participación, y la búsqueda del equilibrio a establecer entre lo público y lo privado constituyen los retos principales de la concepción de los derechos de nuestro tiempo. Esa es la línea que seguirán años más tarde Samuel Warren y Louis Brandeis en su archicitado estudio «The right to privacy»<sup>6</sup>, en el que entenderán el derecho a la intimidad en un sentido amplio como el derecho a que nos dejen solos o, mejor, a que nos dejen en paz<sup>7</sup>.

No obstante es evidente que esta preocupación por asegurar un ámbito de libertad, de autodeterminación individual, con la consecuente pretensión de rechazar intromisiones ajenas en las esferas reservadas, se produce en el marco del ordenamiento del Estado constitucional, del Estado de Derecho y del sistema representativo, en el que la publicidad es un principio esencial en la actuación de los poderes públicos. Tanto desde el punto de vista político, como desde el jurídico, la transparencia es una exigencia fundamental en una organización en la que el poder procede del pue-

---

<sup>2</sup> Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», cit., págs. 260-261.

<sup>3</sup> Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», cit., pág. 261.

<sup>4</sup> Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», cit., págs. 262-268.

<sup>5</sup> Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», cit., pág. 268.

<sup>6</sup> Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, «The right to privacy», en *Harvard Law Review*, vol. IV, n° 5 de 15 de diciembre de 1890. Hay traducción española: Samuel Warren y Louis Brandeis, *El derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Civitas, Madrid, 1995.

<sup>7</sup> Warren y Brandeis hablan del *right to be let alone*, «The right to privacy», cit., pág. 193

blo y, por tanto, la legitimidad de los gobernantes descansa en el consentimiento libremente expresado y periódicamente renovado de los gobernados. Un Estado que es, pues, un medio al servicio de sus ciudadanos y no un fin en sí mismo.

En tales condiciones es natural no sólo que se enfatice la regla de la publicidad en el comportamiento de las autoridades, sino que se insista en la importancia decisiva que reviste la opinión pública como espacio en el que la libertad de las personas se proyecta sobre el quehacer de los poderes constituidos. Incluso, cobra sentido la afirmación categórica de Kant según la cual «todas las acciones relativas al derecho ajeno que no toleran la publicidad son injustas». Esta es para el filósofo la *fórmula trascendental* del Derecho público e implica no sólo un requerimiento ético, sino, además, un principio jurídico<sup>8</sup>. La publicidad es, por tanto, consustancial al Estado de Derecho que, sin embargo, tiene como razón de ser la preservación de las libertades de las personas, entre ellas, principalmente, las de carácter negativo.

Se comprende, entonces, la tensión permanente que existe entre lo público y lo privado. No obstante, salvo en los casos límite en los que debe buscarse la solución ponderando las circunstancias concurrentes, la experiencia manifiesta que es posible el equilibrio entre exigencias, en principio, contradictorias, porque uno y otro se proyectan preferentemente en ámbitos diferentes: la publicidad opera en la esfera política, mientras que la valoración de lo privado se sitúa en las relaciones de los particulares. Además, sucede que, gracias al imperio de la publicidad en el plano político, son posibles las libertades en el plano privado.

Este fenómeno que subyace al Estado social y democrático de Derecho, se manifiesta de manera especialmente intensa en el campo del proceso y en el de las actuaciones judiciales. La publicidad es consustancial al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es una regla básica que reitera el artículo 120 de la Constitución: al imponer que las actuaciones judiciales sean públicas (apartado 1º) y al exigir que las sentencias se pronuncien en audiencia pública (apartado 3º). Por otra parte, la preferencia que el apartado 2º de esta misma disposición manifiesta por la oralidad puede entenderse, atendiendo a criterios interpretativos sistemáticos y finalistas, como una nueva apelación, esta vez implícita, a la publicidad procesal. No es casual, en este sentido, que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 138, relacione oralidad con publicidad. Tal insistencia no es sino la vertiente funcional de lo que, antes,

---

<sup>8</sup> Immanuel Kant, *Por la Paz Perpetua*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pág. 100. Se trata de una edición presentada por Roberto Rodríguez Aramayo que reproduce la versión castellana publicada en Barcelona, en 1905, por la Editorial Sopena.

la misma Constitución ha reconocido como derecho fundamental: el derecho a un proceso público (artículo 24.2).

Publicidad y secreto o reserva son objeto de regulación por las leyes de enjuiciamiento y se dan en la práctica cotidiana de los juzgados y tribunales afectando a la información personal que éstos utilizan. También entran en juego cuando, como consecuencia del progreso tecnológico, los órganos judiciales hacen uso de la informática para recibir, ordenar, conservar y transmitir los datos que, en el curso de su actividad, manejan. Datos que, de una u otra manera, son personales en el sentido de que se refieren a personas físicas identificadas o identificables. De esta manera, la Administración de Justicia se incluye en el ámbito en el que opera el derecho a la autodeterminación informativa. Veamos, brevemente, en qué consiste y cómo se manifiesta en el campo judicial.

## 2. Los datos personales y su valor

El progreso científico y tecnológico ha traído consigo unas posibilidades antes insospechadas de reunir, almacenar, relacionar y transmitir todo tipo de información. Aplicada a la que se refiere a las personas, la combinación que las técnicas de la información, la automatización y la telemática ofrecen permite obtener, centralizar, utilizar, elaborados del modo que se desee, y conservar por tiempo ilimitado todo tipo de datos de carácter personal. De esta forma resulta que, normalmente, sin que medie advertencia alguna y, en consecuencia, sin que nos percatemos de ello, bien los poderes públicos, bien los sujetos privados, tienen –o pueden tener sin excesivo esfuerzo– conocimiento de amplias parcelas de nuestras vidas y utilizan esa información que de nosotros disponen en su beneficio, pero también de una manera que puede causarnos notorios daños<sup>9</sup>.

Hay que advertir que el peligro potencial y real al que nos enfrentamos radica, por una parte, en el volumen de información, a menudo aparentemente irrelevante, que sobre nosotros se maneja. Por la otra, en la posibilidad cierta, de obtener –mediante el tratamiento de esos datos– nuevos elementos informativos que nos afectan. En tercer lugar, en que tales procedimientos permiten lograr el conocimiento de aspectos de nuestra vida que, además de personales, merecen ya el calificativo de íntimos. Por último, existe el riesgo de que, a partir de ese cúmulo informativo, se elaboren o construyan perfiles de nuestra personalidad en función de los

---

<sup>9</sup> Véase, al respecto, Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 107 y sigs. Asimismo, María Luisa Fernández Esteban, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*. McGraw Hill, Madrid, 1998, especialmente págs. 115 y sigs.



cuales se tomen decisiones sobre nuestros derechos y expectativas, por ejemplo, a la hora de conseguir una vivienda en alquiler, obtener un crédito bancario o una simple tarjeta de crédito o aspirar a un puesto de trabajo<sup>10</sup>.

Ante todo ello, no es preciso dibujar las amenazas a las que nos enfrentamos. Viviríamos, de no tomar medidas de protección eficaces, en una suerte de casa de cristal, bajo la constante observación de unos pocos, a los que el conocimiento exacto y pleno de nuestras vidas, daría un enorme poder sobre todos nosotros. Veríamos, así, en juego, no ya nuestra intimidad, sino, también, la identidad que nos es propia y, por tanto, la libertad que nos pertenece constitutivamente. Estaríamos en un mundo en el que la conciencia creciente de que otros disponen o pueden disponer en cualquier momento de información sobre todo lo que hacemos e, incluso, pensamos inspiraría comportamientos psicológicamente clónicos: tenderíamos a conducirnos en nuestras relaciones con los demás, no espontánea y libremente, sino de acuerdo con los patrones gratos a quienes controlan la información.

Ciertamente, este panorama pone de manifiesto, en términos concretos y por oposición, lo que de valioso tienen los datos personales y la necesidad de establecer los medios para que el titular a quien pertenecen, el individuo al que corresponden, mantenga o recupere el poder de disposición y control sobre ellos. Cuanto se ha dicho resulta más claramente cuando se trata de datos delicados o sensibles, si es que queremos utilizar la terminología propia del Derecho de la Protección de Datos Personales y de la doctrina que sobre él se viene formando en los últimos años. Es decir, de aquéllos que, por afectar al reducto más íntimo de la personalidad, requieren una garantía más fuerte. Son, claro está, los que se refieren a las creencias religiosas, filosóficas o ideológicas, los que afectan al origen racial, la sexualidad o a la salud.

### 3. La protección de los datos personales

No es cuestión de reproducir aquí el debate teórico sobre el *nomen iuris* que ha de encuadrar el conjunto de técnicas jurídicas que articulan esa tutela. Sabido es que las tendencias principales apuntan a utilizar ya sea el concepto de intimidad, ya sea el de autodeterminación informativa para

<sup>10</sup> A propósito de la incidencia de estos riesgos en las relaciones laborales, cfr. Juan José Fernández Domínguez y Susana Rodríguez Escanciano, *Utilización y control de datos laborales*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997, en particular págs. 93 y sigs. Por lo que se refiere a los peligros para la información relativa a la salud, cfr. Carmen Sánchez Carazo y Juan María Sánchez Carazo, *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999.

construir, a partir de él, el régimen jurídico que asegura esta protección. Hay argumentos para cada una de esas posturas aunque personalmente prefiero –y así lo he defendido<sup>11</sup>– la segunda. Ahora bien, lo importante es que, cualquiera que sea la denominación por la que se opte, nos hallamos en el ámbito de un derecho fundamental cuyo contenido jurídico está formado por los diferentes instrumentos que integran la protección de los datos personales y que posee un núcleo o reducto indisponible incluso para el legislador, como sucede con todos los derechos fundamentales<sup>12</sup>.

Entre los elementos que lo componen nos encontramos, ante todo, con la exigencia del consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder a un tratamiento de este tipo de datos. Consentimiento que solamente puede ser obviado cuando la ley así lo permita. Luego, está el reconocimiento a todos de facultades positivas y negativas sobre la información personal que les afecta y que sea objeto de tratamiento o se halle en ficheros automatizados. Es decir, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se tratan datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos, inadecuados a la finalidad para la que se recabaron u obtenidos en violación de las normas legales. Como es natural, a estos derechos de los titulares de los datos personales, corresponden los correlativos deberes de quienes los acopian, tratan, transmiten, conservan o utilizan de cualquier manera. Existen, por otra parte, algunos datos que por su naturaleza particularmente sensible reciben una protección especial. Además, se han establecido reglas objetivas que han de presidir el tratamiento de los datos personales y, desde

---

<sup>11</sup> De nuevo, Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, cit, págs. 115 y sigs.; Id. *Informática y protección de datos personales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 27 y sigs. Véase, además, Antonio-Enrique Pérez Luño, en *Manual de informática y derecho*. Ariel, Barcelona, 1996, págs., 43 y sigs. A este autor se deben los primeros y principales estudios que sobre la materia se han realizado en España. Ahora me limito a citar una de sus últimas aportaciones en la que resume sus puntos de vista. Además, Manuel Heredero Higuera, *Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y textos*. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 11 sigs.

<sup>12</sup> En efecto, ya se le denomine privacidad, como hacía la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, o derecho a la intimidad que es lo que prefiere la Directiva Europea 95/46. Sobre esta cuestión no existe discrepancia. Véanse las contribuciones más recientes a este debate que así lo subrayan en Alvaro A. Sánchez Bravo, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, págs. 43 y sigs., quien sigue los planteamientos de Pérez Luño y José Francisco Etxeberria Guridi, *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1998, págs. 29 y sigs.



luego, se han creado instituciones, procedimientos e, incluso, sanciones específicas –penales y administrativas– para hacer efectiva tal protección y, a la postre, el derecho en causa.

#### 4. El Derecho Español de la Protección de Datos Personales

Se fundamenta en el artículo 18.4 de la Constitución y ha de inspirarse en el Convenio del Consejo de Europa nº 108, de 1981. Está contenido, principalmente, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Esta norma ha sustituido a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), la cual, al dar cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, configuró los elementos subjetivos, objetivos e institucionales del derecho a la autodeterminación informativa en nuestro ordenamiento jurídico. Además, enseguida dispuso de sus principales reglamentos de ejecución: el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos –puesta en marcha en 1994– y el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992<sup>13</sup>. Posteriormente, se dictó el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. A su vez, el Código

---

<sup>13</sup> Sobre la LORTAD y sus normas de desarrollo, cfr. Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit. Asimismo, Heredero Higuera, *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal...*, cit. Véase, asimismo, Ana Garriga Domínguez, *La protección de los datos personales en el Derecho español*. Dykinson, Madrid, 1999; José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*. Aranzadi, Pamplona, 1999; Ana Isabel Herrán Ortiz, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. Dykinson, Madrid, 1999; *La protección de datos personales (en la LORTAD y Derecho comparado)*, nº 6 y 7 de *Informática y Derecho*. UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994. Además, Lucrecio Rebollo Delgado, «Derechos de la personalidad y datos personales», en *Revista de Derecho Político* nº 44/1998, pp. 143 ss. Respecto de esta tutela en el ámbito de las Administraciones Públicas, véase Celeste Gay Fuentes, *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*. Editorial Complutense, Madrid, 1995. Sobre su proyección en el ámbito jurídico laboral, véase Fernández Domínguez y Rodríguez Escanciano, *Utilización y control de datos laborales automatizados*, cit., págs. 165 y sigs. Por lo que hace a los datos relativos a la salud, véase Carmen Sánchez Carazo y Juan María Sánchez Carazo, *Protección de datos personales relativos a la salud*, cit., págs., 169 y sigs; Pablo Lucas Murillo de la Cueva, «El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados», en *Información y documentación clínica*, vol. II. CGPJ/Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, págs. 577 y sigs. Cfr., además los trabajos de José María Álvarez-Cienfuegos Suárez y Carlos Romeo Casabona en esa misma obra.



Penal de 1995 tipificó, por vez primera en nuestro Derecho, supuestos delictivos que se refieren a lesiones particularmente graves de la autodeterminación informativa o de la intimidad (artículos 197 y siguientes)<sup>14</sup> y la Ley General Tributaria, en sus artículos 112 y 113, en la redacción que les dieron las Leyes 25/1995, de 20 de julio y 1/1998, de 26 de febrero<sup>15</sup>, ha establecido algunas reglas específicas para los ficheros de la Administración Tributaria<sup>16</sup>. En fin, la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula el uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, también contiene normas sobre la información personal que con su aplicación se obtenga y sea objeto de tratamiento automatizado<sup>17</sup>; al igual que el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, cuyo artículo 15 se ocupa de establecer normas adicionales de protección de los datos personales que se recaben por los prestadores de servicios de certificación.

A todo ello hay que añadir la primera –y hasta ahora única– ley autonómica que se ha dictado en este ámbito: me refiero a la Ley 13/1995, de 21 de abril, de regulación del uso de la informática, dictada por la Comunidad de Madrid, la cual ha creado y puesto en funcionamiento su correspondiente Agencia de Protección de Datos, institución de garantía que, naturalmente, tampoco existe en ninguna de las demás Comunidades Autónomas. A esta normativa cabe añadir las Instrucciones dictadas por la

---

<sup>14</sup> Cfr., al respecto, Fermín Morales Prats, «El Código Penal de 1995 y la protección de datos personales», en *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, cit., págs. 211 y sigs. Id. «Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs., 239 y sigs.; Id., «La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995», en *Delitos contra la libertad y la seguridad*. Cuadernos de Derecho Judicial, n° 3/1996, págs., 147 y sigs.; Id., «La protección del derecho a la intimidad de los ciudadanos», en José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, *La protección del derecho a la intimidad de los ciudadanos (ficheros de datos)*. Cuadernos de Derecho Judicial, n° 13/1997, págs., 39 y sigs. Además, Francisco Bueno Arús, «Los delitos relativos a la informática», en *El Código Penal de 1995: Parte especial*. Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada/CGPJ, Barcelona, 1998, págs. 187 y sigs.

<sup>15</sup> La disposición adicional 4ª de la LOPD ha modificado el apartado 4º del artículo 112 de la LGT. En la redacción vigente excluye de la necesidad de consentimiento del afectado las cesiones de datos de carácter personal que se deben efectuar a la Administración Tributaria. Asimismo, excluye la aplicación en esos casos de lo dispuesto para las Administraciones Públicas en el artículo 21.1 de la LOPD.

<sup>16</sup> Sobre los ficheros tributarios, cfr. Francisco Escribano, «Acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria», en Miguel Revenga Sánchez (dir.), *Acceso judicial a la obtención de datos*. Cuadernos de Derecho Judicial n° 25/1997, págs., 261 y sigs.

<sup>17</sup> En ejecución de esta Ley se ha dictado el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba su reglamento.

Agencia<sup>18</sup> y la doctrina jurisprudencial que hasta el momento se ha producido<sup>19</sup>.

Ahora bien, conviene subrayar la novedad que ha representado en este conjunto normativo la Ley orgánica 15/1999. Su origen se halla en una iniciativa encaminada a adaptar la LORTAD a las exigencias de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>20</sup>. Tal adaptación era necesaria pues, en algunos extremos, la regulación europea sigue enfoques diferentes a los adoptados por el legislador español. Sucede, sin embargo, que lo que nació como una modificación de poca entidad de la LORTAD<sup>21</sup> ha acabado, no en su reforma, sino en su sustitución. Pero no porque introduzca innovaciones sustantivas en el régimen jurídico establecido en 1992, ni porque lleve a cabo cambios muy extensos de la LORTAD. Es verdad que ha recogido los aspectos novedosos de la Directiva y que, como consecuencia de ello, ha ampliado el ámbito del Derecho de la Protección de Datos Personales, reduciendo apreciablemente los que quedan al margen de su disciplina e incorporando a ella a los ficheros no automatizados. También es cierto que la LOPD ha mejorado la formulación de los derechos y garantías ya existentes, si bien en la mayor parte de los casos lo ha hecho explicitando lo que ya impli-

<sup>18</sup> Las dictadas, por el momento, son las siguientes: Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito; Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal; Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios; Instrucción 2/1996, de 1 de marzo, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo; Instrucción 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

<sup>19</sup> Véase el repaso que se hace a las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que inciden en los aspectos sustantivos de este derecho en Pablo Lucas Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 104/1999, págs. 42 y sigs. A las allí examinadas ha de añadirse la STC 202/1999, de 8 de noviembre.

<sup>20</sup> Manuel Heredero Higuera, *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*. Aranzadi, Pamplona, 1997, ha estudiado su contenido desde la perspectiva del ordenamiento español. También se han analizado las consecuencias que implica la transposición de esta directiva en la obra colectiva *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*. Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996. Recientemente, véase Sánchez Bravo, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, cit., págs. 121y sigs.

<sup>21</sup> Cfr., al respecto Lucas Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», cit., págs., 58 y sigs.



caba la LORTAD. Asimismo, incorpora nuevos derechos como el de ser informado del tratamiento de datos cuando estos no se recaben del interesado y, sobre todo, el derecho de oposición frente al tratamiento de datos que se hayan obtenido sin consentimiento del afectado (artículo 6.4). Pero es igualmente cierto que no se ha despejado ninguna de las inquietudes que originó el anterior texto legal y que, de paso, ha traído algunas nuevas. Las relacionadas con el censo promocional, las que se refieren a los ficheros comunes de las entidades aseguradoras y la cesión a ellos de datos personales sin consentimiento del afectado, o la posibilidad que abre a su uso para finalidades no incompatibles con aquellas para las que fueron recogidos frente a la prohibición que, al respecto, establecía la LORTAD, la cual no permitía su utilización para finalidades distintas.

Además, se produce la curiosa circunstancia de que contra la LORTAD penden en el Tribunal Constitucional varios recursos de inconstitucionalidad que afectan a normas que permanecen todas ellas en la nueva ley. Dado que la derogación no supone la terminación de los correspondientes procesos constitucionales, puede darse el caso de que, si llegara a declararse contraria al texto fundamental alguna de las normas de la LORTAD impugnadas, permaneciere, sin embargo, en vigor exactamente la misma regla cuya nulidad acabara de ser declarada. No es posible pensar que las Cortes Generales imaginaran este efecto, pero, desde luego, es el que puede producirse. Por todas estas razones, se echa en falta una exposición de motivos que aclare las razones por las que, inopinadamente, el legislador cambia sobre la marcha lo que recibió y mantuvo durante mucho tiempo en el Congreso de los Diputados como un proyecto de mínimos en un nuevo cuerpo legal<sup>22</sup>. Omisión ésta más significativa, si cabe, a la vista de la en-

---

<sup>22</sup> Es verdad que el Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso, que es la que propone la elaboración de una nueva ley y la derogación de la anterior, ofrece una explicación de su decisión, explicación que reitera y aclara, pues la redacción del Informe es confusa, el Presidente de esa Comisión al comenzar el debate del proyecto en los siguientes términos: «La Ponencia comprobó que algunas de las enmiendas presentadas incidían en artículos de la ley que se pretendía reformar que no estaban comprendidos en el proyecto inicialmente enviado por el Gobierno, y, por otra parte, estimó que la incorporación de la directiva exigía, a su vez la modificación de algún otro artículo tampoco incluido en el proyecto del Gobierno. Finalmente, que en muchas ocasiones era necesario proponer textos nuevos para poder llegar a una aproximación entre el texto primitivo y las distintas enmiendas y posiciones apreciadas. En consecuencia, redactó un texto nuevo en el que se incorporaban todos los preceptos que se mantenían sin modificación de la ley anterior y los nuevos resultantes del proceso de modificación del proyecto de ley». *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. VI Legislatura. Comisión Constitucional, sesión n° 24 de 15 de septiembre de 1999, págs., 21864. El Informe de la Ponencia se halla en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. VI Legislatura. Congreso de los Diputados, de 14 de septiembre de 1999, n° 135-9, págs. 59-60. Ahora bien, parece evidente que esa justificación –que no deja en muy buen lugar al proyecto gubernamental– es claramente insuficiente ante



tividad de la exposición de motivos de la LORTAD, de gran importancia para fijar los presupuestos desde los que actuó el legislador de 1992 y decisiva a la hora de esclarecer el sentido de algunas de sus normas<sup>23</sup>.

En cualquier caso, como la identidad sustancial de estructura y de regulaciones es evidente, no suscita particular problema el engarce de las normas reglamentarias antes citadas. De ahí que la disposición transitoria 2<sup>a</sup> afirme expresamente la subsistencia de las normas reglamentarias preexistentes en cuanto no se opongan a la LOPD.

Por las mismas razones puede decirse que el resultado sigue siendo hoy en día el mismo que antes de la aprobación de la LOPD: un ordenamiento dotado de un apreciable nivel de complejidad y de buenas dosis de confusión que es preciso despejar. La complejidad deriva, por una parte, de la novedad de la regulación y de los conceptos y términos que maneja. Pero, por la otra, resulta también de la dificultad de conciliar los principios generales con las normas que, en ocasiones, resuelven, aparentemente en contra de aquéllos, los supuestos concretos<sup>24</sup>. He utilizado para denominarlo la expresión Derecho de la Protección de Datos Personales, pues me parece que cuenta ya con la densidad necesaria para ser contemplado como un sector material específico y esa fórmula ayuda a identificarlo ya que responde a sus contenidos, particularmente al bien jurídico que pretende preservar y a la técnica que para ello emplea. En este contexto, falta la orientación de la doctrina –todavía muy escasa y, salvo excepciones, poco creativa<sup>25</sup>– y de la jurisprudencia –reducida, por el momento, a muy pocas sentencias–, tanto de los tribunales ordinarios, cuanto del Tribunal Constitucional. Y, además, el panorama descrito se complica adicionalmente porque –como la LORTAD– la LOPD es, básicamente una norma

---

la trascendencia de la decisión tomada, ya que los problemas en los que se basa podían ser superados sin especiales inconvenientes en el mismo texto de la LORTAD.

<sup>23</sup> Véanse los trabajos de Juan José Fernández Domínguez, «La nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999. Su porqué y sus principales novedades» y Miguel Angel Davara Rodríguez, «Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», ambos en *Actualidad Informática Aranzadi*, n.º 34/2000, págs. 1 y sigs.

<sup>24</sup> Me refiero, especialmente, al régimen de las cesiones de datos entre las Administraciones Públicas y a las limitaciones que experimentan los derechos del afectado ante los ficheros de titularidad pública. Cfr., Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit., págs. 95 y sigs. Por lo que se refiere a los de los cuerpos y fuerzas de seguridad, cfr. Exteberría Guridi, *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, cit., págs. 101 y sigs.

<sup>25</sup> Quiero decir que la mayor parte de los trabajos que se publican sobre las cuestiones relacionadas con la protección de datos personales repiten lo que ya han dicho otros, a menudo, sin dar cuenta de los estudios anteriores, las más de las veces por desconocerlos.

de carácter general que no ha sido complementada por otras de alcance sectorial, no ha previsto –ni podría haberlo hecho aunque lo hubiera pretendido– soluciones para muchos de los problemas que afloran en la realidad. Porque lo cierto es que hemos llegado a una situación en la que se hace una utilización masiva de la informática en todas las relaciones sociales y surgen cada día nuevos supuestos de conflicto entre las exigencias que impone el progreso social y económico y las que derivan de la defensa de los derechos fundamentales del individuo.

## 5. En particular, la protección de datos y los ficheros automatizados del Poder Judicial. Principios e instrumentos <sup>26</sup>

En este marco, se inscriben las normas relativas a los datos personales que manejan los ficheros automatizados de los órganos judiciales, las cuales tienen que armonizar su utilización en todos los casos en que sea preciso, y con toda la intensidad y extensión que sean procedentes, con la salvaguardia de los derechos que asisten a las personas a las que esos datos se refieren.

Y, como es natural, fuera de los supuestos en los que se haya establecido otra cosa, esa garantía implica la confidencialidad de tal información, la cual, en la medida en que deba existir, se proyecta fundamentalmente sobre terceros distintos del interesado y del órgano judicial que conoce de un proceso determinado en el que se maneja esa información personal.

Tal exigencia de confidencialidad o reserva implica, para el órgano judicial, una serie de obligaciones en lo que se refiere a la seguridad de la información personal que almacena –derivadas del Título II de la LOPD (artículos 9 y 10)<sup>27</sup>– y a las condiciones en que puede facilitarla o cederla.

---

<sup>26</sup> A propósito de los ficheros judiciales, cfr. el artículo 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 77 y sigs. del Reglamento 5/1995, de 8 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. Sobre el particular, cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, «La confidencialidad de los datos personales: garantías en el proceso judicial», en José María Álvarez-Cienfuegos Suárez (dir.), *La protección del derecho a la intimidad de las personas (ficheros de datos)*, cit., págs. 228 y sigs., así como los restantes trabajos contenidos en ese libro. Véase, igualmente, Miguel Revenga Sánchez (dir.), *Acceso judicial a la obtención de datos*, cit. Analiza también estas normas reglamentarias Etxeberria Guridi, *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, cit., págs. 59 y sigs.

<sup>27</sup> A estos efectos hay que tener en cuenta que el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizado que contengan datos de carácter personal, aprobado por el Real Decreto 994/1999, también rige para los ficheros judiciales. A este respecto, hay que señalar que el Consejo de Ministros del 11 de febrero de 2000 acordó aplazar tres meses el momento de la entrada en vigor de las medidas de seguridad de carácter básico, las cuales, de acuerdo con la disposición transitoria única de ese Real



Correlativamente, están presentes restricciones a la posibilidad de acceder a ella por parte de terceros, así como límites respecto de los datos personales que pueden ser tenidos en consideración y, posteriormente, incorporados a los ficheros judiciales.

Ahora bien, el problema que estas regulaciones y, en particular, la LOPD, presentan es que buena parte de sus disposiciones no son aplicables, o lo son sólo en parte, a los tratamientos de datos realizados en el seno del Poder Judicial y, especialmente, en los Juzgados y Tribunales<sup>28</sup>. Un examen de su contenido revela que las reglas sectoriales (Títulos IV, V, VI, VII) no se refieren al Poder Judicial, lo cual es llamativo porque, luego, en las disposiciones adicionales, no se adopta ninguna previsión para él.

La LORTAD sí se refería en una de ellas al Consejo General del Poder Judicial que, desde luego, no es el que puede crear, ni padecer excesivas complicaciones en este punto. No obstante, su disposición adicional 1ª lo mencionaba para excluirle de la aplicación, entre otros, de los Títulos VI (Agencia de Protección de Datos) y VII (Infracciones y sanciones). Esa disposición tuvo, sin embargo, la virtud, de poner de manifiesto que, en lo demás, en lo no exceptuado, las normas legales regían también para los ficheros judiciales. Especialmente las referidas a los principios y derechos (Títulos II y III) enunciados por ese texto legal, y las normas definitorias contenidas en su Título I<sup>29</sup>.

La Ley Orgánica 16/94, 8 de noviembre, de reforma de la del Poder Judicial, así lo reconoció en la nueva redacción que dio al artículo 230. En efecto, en su versión vigente, incorpora los siguientes contenidos:

- a) Autoriza la utilización por los órganos judiciales de medios electrónicos informáticos y telemáticos, si bien sometiendo ese uso a las limitaciones derivadas de la Ley Orgánica 5/92.

---

Decreto, tendrían que haber sido implantadas antes del transcurso de seis meses desde que el reglamento cobró vigencia.

<sup>28</sup> Cfr., sobre el particular, José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, «La protección de los datos personales en el ámbito de la Administración de Justicia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 273, de 12 de diciembre de 1996, págs. 1-6; Id. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, cit., págs 79 y sigs. Además, véase Lucas Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», cit., págs., 53 y sigs.

<sup>29</sup> Lo que, por lo demás, resulta directamente del imperio de la Constitución, es decir de su naturaleza de norma jurídica, directamente aplicable a las relaciones que contempla en sus diferentes disposiciones. La estructura del precepto contenido en el artículo 18.4 de la Constitución no lo impide, en la medida en que configura un derecho, cuyo alcance concreto, aún a falta de la aprobación de la ley a la que se refiere, podría ser determinado a la luz del Convenio 108 del Consejo de Europa, conforme al artículo 10.2 de la norma fundamental. Sobre las virtualidades de ese Convenio para integrar el artículo 18.4 de la Constitución y fundamentar específicos derechos subjetivos, cfr. la STC 254/93, ff.jj. 6º, 7º y 8º. Cfr., al respecto, Lucas Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», cit., págs., 42 y sigs.



- b) Salvaguarda la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos contenidos en los ficheros judiciales y
- c) Encomienda al Consejo General del Poder Judicial la determinación de los requisitos y demás condiciones que afecten al establecimiento y gestión de los ficheros automatizados que se encuentran bajo la responsabilidad de los órganos judiciales de forma que se asegure el cumplimiento de las garantías y derechos establecidos en la LORTAD.

El silencio que guarda la LOPD, que no contiene ninguna previsión para el Consejo General del Poder Judicial ni para los órganos judiciales, salvo algunas referencias puntuales a ellos como receptores de datos o las relativas a la tutela jurisdiccional, no altera la situación. Es más, como los ficheros judiciales no figuran entre los excluidos –en todo o en parte– de su ámbito de aplicación<sup>30</sup>, cabe deducir de ello que sí caen bajo su imperio en lo que no sea incompatible con la posición propia de los órganos del Poder Judicial. Naturalmente, las referencias del artículo 230 LOPJ a la LORTAD han entenderse hechas ahora a la nueva ley. Ahora bien, no deja de llamar la atención que, siendo evidente la necesidad de una regulación legal suficiente de los tratamientos de datos personales que tienen lugar en la Administración de Justicia y siendo, igualmente, manifiesto que la LORTAD no la contenía, el legislador de 1999, que se ha tomado con tanta parsimonia la transposición de la Directiva para, después acabar produciendo una nueva ley, no haya tenido tiempo para terminar con esta carencia, máxime cuando ha ampliado notablemente el ámbito de aplicación de las previsiones legales sobre la protección de los datos personales.

## 6. El régimen de los ficheros judiciales

En virtud de esa determinación de la LOPJ, el Consejo General del Poder Judicial aprobó el *Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales (RAA)*, cuyos Títulos V y VI pretenden dar respuesta a algunas de las cuestiones que la articulación de una tutela efectiva de los datos personales en este ámbito suscita<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Tal como resulta de los apartados 2º y 3º del artículo 2.

<sup>31</sup> Juan José Martín-Casallo López, «La Agencia de Protección de Datos y los ficheros jurisdiccionales», en José María Álvarez-Cienfuegos Suárez (dir.), *La protección del derecho a la intimidad de las personas (ficheros de datos)*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 13/1997, págs., 87 y sigs., se muestra muy crítico con la regulación establecida por este reglamento. En cambio, Álvarez-Cienfuegos, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, cit., págs., 86 y sigs., considera, en general, razonables sus soluciones. En la misma línea se mueven las valoraciones de Etxeberria Guridi, *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, cit., págs. 54 y sigs.

Sin embargo, tales previsiones reglamentarias son, secundarias, accesorias, instrumentales, respecto de las normas derivadas de la Constitución y de la Ley Orgánica. No era posible otra alternativa, pues no es el reglamento una norma hábil para más ambiciosos objetivos. Ni cuanto se refiere a la configuración de los derechos de las personas, ni cuanto hace a la fijación de sus límites o lo relativo a la imposición de deberes, la tipificación de infracciones y la previsión de sanciones, puede ser regulado por una norma de este carácter. Corresponde, por el contrario, al legislador establecer los perfiles básicos de la disciplina de esta materia. De ahí las insuficiencias que se le imputan a la situación vigente. Pero ése no es un defecto achacable al reglamento –que intenta sacar todo el partido posible a una fuente secundaria– sino que es una consecuencia de la inactividad de legislador. Veamos, pues, qué es lo que se ha establecido para los ficheros de los órganos judiciales que, recordémoslo, rige tanto para los que han sido automatizados como para aquellos otros de carácter convencional, siempre que estén estructurados de tal manera que puedan llevarse a cabo en ellos operaciones y procedimientos técnicos que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias<sup>32</sup>.

### 6.1. Los datos personales y el consentimiento del afectado

Tal vez una de las principales innovaciones que convendría realizar en el momento en el que se legisle sobre esta específica materia consista en atribuir a los datos personales obrantes en los ficheros judiciales la consideración de sensibles<sup>33</sup>. Desde luego, en buena parte de los casos así lo serán por entrar en las categorías a las que se refiere el artículo 7 de la LOPD: ideología, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual, infracciones penales o administrativas. Pero sucede que, incluso, los que no tengan que ver directamente con estas cuestiones pueden guardar con ellas alguna relación que justifique su especial protección o, simplemente, por constar en un proceso judicial, es posible que adquieran un sesgo o connotación potencialmente perjudicial para el afectado, si esa información es susceptible de utilización por terceros fuera de las actuaciones judiciales. Naturalmente, al efectuar esta propuesta no se pretende restringir las potestades de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, sino so-

<sup>32</sup> El conjunto de estas prácticas es lo que la LOPD define como tratamiento de datos en su artículo 3 c).

<sup>33</sup> En este sentido, Álvarez-Cienfuegos Suárez, «La protección de datos personales...», cit, pág. 4. Reitera este criterio en *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, cit., pág. 85.

lamente asegurar a los datos personales que éstos deben manejar la máxima protección frente a terceros que la configuración constitucional del proceso permite.

No se debe olvidar que, en aplicación de las leyes de enjuiciamiento, con las que concuerda la LOPD [artículos 6.1 y 11.2,d)], la mayor parte de la información personal existente en los ficheros de datos judiciales se habrá obtenido sin que medie el consentimiento de aquél a quien pertenecen por ofrecer la ley la correspondiente cobertura para lograrla. Así, por ejemplo, en aplicación de las normas de la Ley General Tributaria [artículo 113 a), f) y h)] y de las contenidas en la LORTAD [artículo 11 d)] que permiten las cesiones a los juzgados y tribunales, el Consejo General del Poder Judicial ha suscrito un Convenio con la Agencia Estatal de Administración Tributaria para que los órganos judiciales accedan, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, a los datos de los ficheros tributarios. Otro tanto, sucede con el Ministerio del Interior, de conformidad con el citado artículo 11 d) de la LORTAD y con las normas que imponen la obligación de colaborar con los Jueces y Tribunales en el marco del proceso (artículos 118 de la Constitución y 17.1 LOPJ), en este caso para el acceso judicial a los datos personales registrados en los ficheros de la Dirección General de Tráfico y de la Dirección General de la Policía. Obviamente, dichos convenios se hallan ahora bajo el amparo normativo de la LOPD.

Tampoco ha de desconocerse que su titular no podrá normalmente recuperar la disposición y el control sobre cuanto sobre él consta en esos registros informatizados. De ahí que sea preciso compensar esa pérdida de autodeterminación informativa restringiendo la comunicación o exhibición a terceros que no sean parte en el proceso de los datos personales del afectado o subordinándolas a su consentimiento o la decisión motivada del responsable del fichero<sup>34</sup> que habrá de moverse dentro de los márgenes que las leyes le consienten.

## 6.2. Clases de ficheros

El RAA sí ha podido, en cambio, ocuparse de la *clasificación de los ficheros judiciales*, distinguiendo los de carácter jurisdiccional de aquellos otros de tipo gubernativo (artículo 78) en función de la naturaleza del procedimiento del que surge la información. A los primeros los llama ficheros de datos jurisdiccionales y a los segundos ficheros de datos no jurisdiccionales. Ha precisado, también, el reglamento los datos que cada uno ha de recoger (artículos 78.2 y 78.3) y su procedencia (artículo 79).

<sup>34</sup> Cfr., Álvarez-Cienfuegos Suárez, «La protección de datos personales ...», cit., pág. 5, quien, sin embargo, refiere la autorización en este último caso al titular del órgano jurisdiccional.



Así, en los *ficheros de datos jurisdiccionales* solamente constarán los que deriven de las actuaciones de esa naturaleza. El artículo 78.2 RAA señala, a título de ejemplo, los siguientes: los que en atención a las leyes sean necesarios para el registro e identificación de procedimiento o asunto jurisdiccional con el que se relacionan; los precisos para identificar y localizar a las partes; los necesarios para identificar a abogados, procuradores y, en general, a quienes desempeñen labores de defensa o representación procesal, así como a cualquier persona que deba intervenir, en cualquier calidad, en el proceso; también se recogerán los datos que exterioricen las resoluciones dictadas y las actuaciones realizadas y los derivados de la instrucción y de las diligencias judiciales. En cambio, en los *ficheros de datos no jurisdiccionales*, los que se registrarán serán aquellos que deriven de los procedimientos gubernativos y los que, con arreglo a las normas vigentes, definan la relación existente con las personas que prestan servicios en los órganos de gobierno y los que guarden conexión con las situaciones o incidencias que en aquélla sucedan.

Los datos se tomarán de los documentos o escritos que obren en el proceso o en las actuaciones que se practiquen en ellos y, tratándose de ficheros gubernativos, directamente de las personas afectadas y –cuando y como la Ley lo permita– de los órganos competentes sobre los cuerpos o carreras a los que pertenezcan<sup>35</sup>.

Conviene advertir de la relatividad que tiene esta clasificación. En efecto, puede ser útil para distinguir, por materias, los datos que van a los de cada tipo. No obstante, no debe concluirse, sin más, que los que recogen la información que es realmente valiosa o que puede originar mayores dificultades son los ficheros jurisdiccionales. Lo mismo cabe decir de otras clasificaciones que se han establecido en el seno de los ficheros de datos jurisdiccionales. Me refiero a la que diferencia dentro de ellos los que hacen referencia a los asuntos en tramitación y los relacionados con los asuntos terminados<sup>36</sup>. Esta distinción –no prevista reglamentariamente– posee también un claro sentido práctico y puede conducir a pensar que son los primeros los merecedores de mayor atención por ser los que previsiblemente darán lugar a mayores restricciones de los derechos de los afectados. No obstante, en relación con los ficheros de asuntos terminados surgirán sin duda problemas de singular relieve, aunque sólo sea bajo el aspecto del acceso a las resoluciones judiciales que en ellos estén recogidas<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> De conformidad con el artículo 79 RAA.

<sup>36</sup> Alvarez-Cienfuegos Suárez, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, cit., págs. 85 y sigs.

<sup>37</sup> Véase, a este propósito, cuanto se dice más abajo sobre el acceso a las resoluciones judiciales y sobre el caso particular de los expedientes de las derogadas Leyes de Vagos y Maleantes y de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

### 6.3. Las comunicaciones de datos

En lo que a las cesiones o comunicaciones de datos almacenados en estos ficheros respecta, el RAA no puede sino adaptarse totalmente a las previsiones de la ley. Por eso, el margen en el que puede moverse en esta materia tan delicada es muy estrecho. De ahí que solamente haga referencia a los casos en los que, como consecuencia de la actividad judicial, sea obligado facilitar información a otro órgano judicial. Y esos casos son los indicados en el artículo 81: el auxilio jurisdiccional, la aplicación de las normas sobre competencia o sobre la organización de los servicios que incidan en la atribución del conocimiento de un asunto o procedimiento, o de alguna de sus incidencias, o en la realización de alguna actuación. Cuestiones todas estas sometidas a estricta regulación legal. Dicho de otro modo, el reglamento no habilita supuestos de cesión de datos distintos de los contemplados en el artículo 11 LOPD. Si lo pretendiera incurriría en ilegalidad. Teniendo esto presente, se aclara toda duda que pudiera surgir a la hora de interpretar este artículo 80: en él lo que se contiene es, simplemente, la mención de aquellas funciones judiciales que pueden dar lugar a procesos de cesión de datos, o sea las que activan la excepción contenida en el apartado d) de ese artículo 11.

Por lo que se refiere a la utilización de datos procedentes de estos ficheros por las Administraciones Públicas, otro tanto cabe decir del artículo 83 RAA: sólo puede ser interpretado de conformidad con la ley. De ahí que deba ser entendido como la regulación de la manera de proceder en las ocasiones en las que, bajo la cobertura del artículo 11 LOPD, sea posible la comunicación de datos desde los ficheros judiciales<sup>38</sup>, como, por ejemplo, sucede con el supuesto previsto por el artículo 112.3 de la Ley General Tributaria en la redacción que le ha dado la disposición adicional 4ª LOPD. Se trata, por tanto, de una norma de procedimiento, de carácter exclusivamente formal y no de habilitación de comunicaciones de datos de carácter personal.

### 6.4. Los responsables del fichero

Igualmente, ha establecido el RAA a quién corresponde la *responsabilidad* –al secretario judicial, si bien sus decisiones son revisables por el juez, las Salas de Gobierno y, eventualmente, por el Consejo General del Poder Judicial (artículo 4.3)– de los ficheros y de los tratamientos que se lleven a cabo en los órganos judiciales (artículo 82).

<sup>38</sup> La redacción de este artículo 83 no es la más afortunada. En este punto coinciden las críticas de los autores: véase, por ejemplo, Martín-Casallo López, «La Agencia de Protección de Datos y los ficheros jurisdiccionales», cit., págs., 87 y sigs.



### 6.5. Los derechos del afectado

A propósito de los derechos del afectado, el reglamento ha introducido algunas modulaciones a la forma de ejercer los de *acceso, rectificación y cancelación* (artículo 84). Dichas especialidades dimanarían de las previsiones legales que regulan el secreto sumarial –en el campo penal–, de la tutela de la intimidad ajena, motivos ambos por los que se puede denegar el acceso (artículo 84.3 y 4) y de la cautela encaminada a impedir que derechos de autodeterminación informativa se utilicen para alterar circunstancias que constan en el proceso, lo que puede fundamentar la denegación de la rectificación o de la cancelación (artículo 84.5)<sup>39</sup>.

Aunque parece claro que no rigen para los ficheros y tratamientos de datos jurisdiccionales las normas excepcionales que en beneficio de las Administraciones Públicas establece la LOPD en sus artículos 23 y 24<sup>40</sup>, es también evidente que las exigencias derivadas de la actuación judicial, muy especialmente pero no de modo exclusivo, en el ámbito penal condicionan con intensidad la posición del afectado. En este sentido, puede entenderse que no podrá ejercer sus derechos de manera que impidan o perjudiquen la función jurisdiccional. Naturalmente, ésta no es una consecuencia que derive de la extensión, más o menos justificada, al campo judicial de la posición que el legislador ha asegurado a las Administraciones Públicas. Por el contrario, no hace falta acudir a razonamientos analógicos, ya que la primacía de la actuación del juez está firmemente establecida por el ordenamiento jurídico en atención a la garantía de todos los derechos e intereses legítimos de las personas que tiene encomendada.

Esto explica la solución dada por el reglamento a la cuestión de la conservación de los datos y, por tanto, al derecho de cancelación. A este respecto, la regla que fija el artículo 80 RAA es que corresponde al juez decidir sobre ella. Naturalmente, al hacerlo deberá tener en cuenta el principio establecido en la LOPD (artículo 4.5) según el cual los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o per-

<sup>39</sup> Esta última restricción tiene el mismo sentido que posee el artículo 15.1, párrafo segundo, del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, el cual pretende evitar que se utilicen los derechos del afectado para modificar lo que consta en el expediente administrativo del que proceden los datos obrantes en el fichero automatizado. Por lo demás, no suscita especial dificultad la denegación del derecho de acceso cuando medie el secreto sumarial o ya se haya ejercido en los doce meses anteriores y no exista ahora un interés legítimo que ampare la nueva pretensión (cfr., en este sentido, el artículo 15.3 LOPD). La referencia al perjuicio a la intimidad de otros como posible causa limitadora del derecho de acceso, se explica por la posibilidad de que algunos datos personales propios se encuentren asociados a los de personas distintas.

<sup>40</sup> Véase la crítica a esas excepciones, ya previstas por la LORTAD, en Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, cit., págs., 99 y sigs.



tinientes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados o, en general, cuando su tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la LOPD (artículo 16.2). Ahora bien, la apreciación de cuando haya ocurrido ese efecto no puede quedar a la sola decisión del afectado que ejerce el derecho de cancelación. En el caso de los ficheros y tratamientos judiciales, en especial en los de carácter jurisdiccional, los intereses públicos pueden demandar el sacrificio en todo o en parte de los particulares, pues, como se acaba de decir, no son otros los fines que mueven las actuaciones judiciales. Es natural, por tanto, que el llamado a velar por los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, es decir, el juez, adopte la decisión que proceda. Y eso es lo que ha explicitado el artículo 80 RAA.

Fuera de los límites mencionados, rige la disciplina contenida en la LOPD que aporta algunas novedades. Entre ellas, el plazo para obtener la rectificación o la cancelación, cuando procedan, que ahora se ha consiguado en la propia ley y que se fija en diez días (artículo 16.1)<sup>41</sup>, mientras que el establecido para que el responsable del fichero resuelva sobre el acceso sigue siendo de un mes<sup>42</sup>. Este derecho consiste en la facultad de solicitar y obtener información de los datos de carácter personal sometidos a tratamiento, de su origen y de las comunicaciones de los mismos realizadas o que se prevean (artículo 15.1). Asimismo, se ha establecido legalmente su gratuidad y, en general, la de los procedimientos relativos al ejercicio de los derechos del afectado. Es importante subrayarlo pues la LORTAD sólo la disponía para los casos de rectificación y cancelación de datos inexactos. En cambio, ahora su alcance es general. Así, el artículo 17.2 establece, en este sentido, que «no se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación». Adviértase que la fórmula seguida por la LOPD impide toda tentativa de los responsables del fichero de obtener alguna compensación en los casos en los que, finalmente, no se atiende la demanda del afectado, lo que no excluía la redacción del artículo 16.2 de la LORTAD.

Se acaba de mencionar el derecho de oposición. Conviene referirse a él ya que se trata, junto con el de *ser informado del tratamiento de datos que no se obtengan del interesado* de los nuevos derechos que la LOPD reconoce y ambos proceden de la Directiva europea. Este último tiene por objeto poner en conocimiento del afectado la información personal que sobre él se ha recogido, aunque no opera cuando así lo prevea una ley, el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos o resulte impo-

---

<sup>41</sup> La garantía que representa la legalización del plazo se ve compensada, no obstante, con su ampliación al doble de tiempo, ya que el R.D 1332/1994, en su artículo 15, señalaba el de cinco días desde la solicitud de la rectificación o cancelación para que el responsable del fichero la llevase a efecto.

<sup>42</sup> Conforme al artículo 12 del R.D. 1332/1994.

sible o exija esfuerzos desproporcionados a juicio de la Agencia de Protección de Datos o se den las circunstancias contempladas en el último párrafo del artículo 5.5<sup>43</sup>. Por su parte, el *derecho de oposición* le faculta al afectado a oponerse a un tratamiento de sus datos personales. La LOPD lo recoge en su artículo 6.4. Es una de las innovaciones exigidas por la Directiva Europea. Está directamente relacionado con la captación de datos personales sin consentimiento del interesado. Cuando esto haya sucedido, y siempre que no lo impida una ley que establezca lo contrario, ese interesado cuyos datos personales se hayan recogido lícitamente pero sin su acuerdo, si le asisten motivos fundados y legítimos relacionados con su situación personal, tiene derecho a que el responsable del fichero excluya del tratamiento los datos que le afectan. Ahora bien, lo que sucede con esta facultad y con el derecho a ser informado de los tratamientos es que la naturaleza de la función jurisdiccional dificulta notablemente la existencia de supuestos en que deban entrar en juego. Así, la información recogida es la que se desprende de las actuaciones procesales que están todas ellas documentadas, por lo que es difícil, fuera de los casos de la declaración del secreto –por definición, de duración limitada– que el afectado la desconozca. Por otro lado, siempre que la ley autorice a prescindir de su consentimiento, este derecho carecerá de sentido.

Del mismo modo, en el caso de la oposición al tratamiento es difícil que se den las condiciones para que el interés personal del afectado prevalezca frente a las exigencias del desenvolvimiento de la función jurisdiccional: lo habitual será que el órgano judicial cuente con la cobertura legal suficiente para registrar y tratar esos datos. Con todo, no cabe excluir tajantemente la posibilidad de que pueda tener aplicación. Desde luego, es verdad que el grueso de los datos que se hayan tomado de una persona se habrán logrado, aunque sea a través de sus mismas manifestaciones, al margen de su consentimiento. Y tampoco debe descartarse que el juez incurra en algún exceso a la hora de recabar del afectado o, sobre todo, de terceros información sobre éste. Naturalmente, lo que no es posible, supuesto que se den las circunstancias que permiten el ejercicio de este derecho y que no sea atendido por el responsable del fichero, acudir a la Agencia de Protección de Datos en demanda de que establezca la procedencia o improcedencia de esa actitud<sup>44</sup>. Las posibles vulneraciones de los derechos de autodeterminación informativa habrán de com-

<sup>43</sup> En particular, que «los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten».

<sup>44</sup> Me refiero a la intervención prevista en el artículo 18.2 de la LOPD. Aunque la LOPD, a diferencia de la LORTAD, no contiene normas que excluyan para determi-



batirse mediante los recursos que contra las decisiones del responsable del fichero o del tratamiento prevé el RAA.

Ahora bien, ya que el ejercicio de la función jurisdiccional, en especial, en el orden penal, altera seriamente el alcance de las facultades de autodeterminación que la LOPD contempla, tanto en el momento de la recogida de datos, como en el de su tratamiento y conservación, así como en lo que se refiere a su cancelación, dado que estará cubierta por las normas legales que lo permiten, cobran, por esa razón, una importancia de primer orden *los deberes especiales que para los responsables de los ficheros de datos personales de los órganos judiciales* dimanan del Título II de la LOPD. Me refiero a los principios de la protección de datos allí positivizados, a los que más adelante haré alusión. Ahora me limitaré a llamar la atención sobre la prohibición de recoger datos por medios fraudulentos, desleales ilícitos (artículo 4.7), sobre la obligación de cancelar y rectificar de oficio los datos inexactos en todo o en parte o incompletos, sin perjuicio de los derechos de los afectados (artículo 4.4), ya que los que pueden ser registrados y tratados han de ser «exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado» (artículo 4.3). Asimismo, importa tener presente la ya mencionada exigencia de cancelar los datos que hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hubieran sido recabados o registrados (artículo 4.5).

Habida cuenta que los órganos judiciales son poderes públicos y que, en cuanto tales, están sujetos a la Constitución y la ley de un doble modo, negativo y positivo, no existe ninguna duda sobre el peso que estas normas objetivas han de alcanzar, ni sobre la intensidad de la exigencia que proyectan sobre los responsables del fichero. La vinculación que producen será inversamente proporcional a la constricción que experimenten los derechos de los afectados. Sólo esta circunstancia hace tolerable la merma que pueda padecer el contenido de un derecho fundamental. Y por esta razón califico de especiales los deberes que, a mi juicio, aquí existen.

## 6.6. La creación de los ficheros judiciales

Las normas del artículo 86 sobre la *creación de ficheros* han permanecido prácticamente inéditas, como es bien sabido<sup>45</sup>, lo cual es un claro in-

---

nados órganos la aplicación de las normas referidas a la Agencia de Protección de Datos y a las infracciones y sanciones, no debe ser difícil concluir que, en ejercicio de sus competencias, los juzgados y tribunales no están sujetos a las decisiones de autoridades administrativas, aunque sean independientes.

<sup>45</sup> No son muchas las ocasiones en las que se ha dado cumplimiento a las previsiones reglamentarias del RAA en materia de ficheros automatizados de datos personales dependientes de órganos judiciales. En sus dos primeros años de vigencia sólo se hizo en tres casos.



dicio de la poca importancia que, en el ámbito judicial, se le da al Derecho de la Protección de Datos Personales. Siendo cierto que no se trata sino de un reflejo de la escasa conciencia que en la sociedad existe sobre los peligros que, en este campo, asoman y, correlativamente, sobre la trascendencia de los derechos y principios que deben protegernos frente a ellos<sup>46</sup>, no cabe duda de que la actitud del Poder Judicial, en cuanto garante natural de nuestros derechos e intereses legítimos, debería ser diferente.

Por otra parte, es interesante observar que el Título VI de ese mismo reglamento se ha ocupado de la aprobación de los programas, aplicaciones y sistemas informáticos que utilicen los órganos judiciales. Aprobación que, a propuesta de la Comisión de Informática Judicial, corresponde al Consejo General del Poder Judicial, el cual ha establecido los criterios en virtud de los que resolverá cada caso. Me refiero al Acuerdo del Pleno de 2 de diciembre de 1996. Esa aprobación deberá producirse solamente cuando programas, aplicaciones y sistemas satisfagan, entre otros requisitos, los relacionados con la seguridad física y lógica de los datos personales. Con posterioridad, el Pleno de 8 de septiembre de 1999 ha avanzado en este campo, estableciendo un test de compatibilidad que servirá para facilitar el avance en el proceso de integración de los sistemas informáticos de la Administración de Justicia.

## 7. El acceso a las resoluciones judiciales

Por lo que hace a la publicidad de las resoluciones judiciales, es decir, al acceso a ellas por parte de terceros no personados en la causa a la que se refieren o, en cualquier caso, ajenos a las actuaciones del juzgado o tribunal, el Consejo General del Poder Judicial<sup>47</sup> ha modificado el RAA, incorporando a su texto una nueva disposición –el artículo 5 bis– que asume los criterios que venía aplicando en la interpretación del concepto de interesado que recogen los artículos 234, 235 y 266.1 LOPJ, los cuales han sido confirmados por el Tribunal Supremo, a través de la Sentencia de su Sala Tercera, de 3 de marzo de 1995<sup>48</sup>. El nuevo precepto traza las pautas adecuadas para afrontar las exigencias de la publicidad sin mengua de la protección que merece la autodeterminación informativa de las personas a las que se refieren o mencionan dichas resoluciones. Esa disposición se aplica a la base de datos que el Centro de Documentación Ju-

<sup>46</sup> Cfr., al respecto, cuanto se dice en Lucas Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», cit., págs. 53 y sigs.

<sup>47</sup> Por acuerdo de 18 de junio de 1997, publicado en el BOE del 2 de julio de 1997.

<sup>48</sup> Cuya doctrina ha sido reiterada por la STS (Sala 3ª), de 7 de febrero de 2000, dictada a propósito de los cometidos del Centro de Documentación Judicial.

dicial del Consejo General del Poder Judicial, en cumplimiento de la obligación que el artículo 107.10 de la LOPJ impone a este órgano de gobierno de publicar la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha creado y mantiene no sólo con las decisiones de este alto Tribunal, sino, también, con las resoluciones de otros órganos judiciales que, por su interés, lo justifiquen. En particular, ese artículo 5 bis.2 dispone:

«En el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se procurará la supresión de los datos de identificación para asegurar en todo momento la protección del honor e intimidad personal y familiar».

Y, en su apartado 3, añade:

«Salvo lo dispuesto en el artículo 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se facilitarán por los órganos jurisdiccionales copias de las resoluciones judiciales a los fines regulados en el presente artículo, sin perjuicio del derecho de acceder, en las condiciones establecidas al efecto, a la información jurídica de que disponga el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial»<sup>49</sup>.

Pero conviene examinar los términos en los que se pronunció el Tribunal Supremo porque de ellos se desprenden claramente los criterios que han de servir para atender aquellas solicitudes de acceso a las actuaciones judiciales que reciban los órganos judiciales y provengan de personas distintas del afectado y pretendan conocer su contenido íntegro.

Esta sentencia es una decisión que, razonando desde la perspectiva del derecho a la intimidad, confirma la interpretación llevada a cabo por el Consejo General del Poder Judicial del concepto de interesados al que se refieren los artículos 235 y 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La cuestión debatida era la de a quiénes reconoce el legislador el interés para acceder al contenido de las resoluciones judiciales que constan en

---

<sup>49</sup> Por lo demás, en el texto que, a modo de preámbulo, antecede a las nuevas normas reglamentarias, el Consejo dice: «la realización en condiciones adecuadas del proceso de recopilación, tratamiento y difusión de las sentencias y de otras resoluciones judiciales que por su interés lo requieran, permitirá garantizar el acceso de todos los interesados a dichas resoluciones y a su contenido doctrinal y científico, asegurando al propio tiempo la protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, puesto que, si bien corresponde primariamente a los propios Juzgados y Tribunales excluir de la publicidad de sus resoluciones aquellos contenidos que pudieran afectar a tales derechos, conforme a lo que disponen los artículos 1793 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 906 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es indudable que la centralización, tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales dictadas por los distintos órganos jurisdiccionales por los órganos de gobierno del poder judicial ha de contribuir también a la preservación de dichos valores en los términos requeridos tanto por la doctrina constitucional, como por la doctrina jurisprudencial, señaladamente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha venido poniendo de manifiesto la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales y libertades públicas en el acceso a las resoluciones judiciales».



los libros, registros y archivos judiciales<sup>50</sup>. A juicio de la Sala, es necesario precisar la noción de interesado. En particular, dice lo siguiente:

«El interés legítimo que es exigible en el caso, sólo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos «prima facie», ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso –y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia–, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte, se halla sujeta a dos condicionamientos: a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas, y en consecuencia adquiere, como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del Ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional» (fundamento 5°).

A falta, pues, de esa específica conexión con el proceso no se posee la condición de interesado. Ni la publicidad procesal a la que se refiere el artículo 120.1 de la Constitución, ni el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz reconocido en su artículo 20.1-d) impiden este entendimiento, pues no padecen como consecuencia de él. En efecto, la primera no equivale a la distribución general e íntegra del texto de las sentencias y otras resoluciones y el segundo no estaba en causa en el proceso que concluye con la decisión que nos ocupa. Lo que el recurrente en realidad pretendía era hacerse sistemáticamente con la información de carácter personal consignada en esos documentos para nutrir con ella sus bases de datos y desarrollar en mejores condiciones una de las actividades que constituyen su objeto social: suministrar a sus clientes, mediante contraprestación, informes sobre solvencia económica de terceros. Por eso, la Sala, en consideración a cuanto señalan el artículo 18.4 de la Constitución y la LORTAD y visto que, con arreglo a los criterios establecidos en esta sentencia, la empresa recurrente no podía aspirar a la condición de interesado, optó por proteger el derecho a la intimidad de los afectados –que es, como se ha dicho, el que sirve de apoyo a los razonamientos del Tribunal– y desestimó el recurso<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> El Consejo había consignado su criterio en dos acuerdos de su Pleno de 10 de abril de 1991.

<sup>51</sup> Cfr., sobre esta sentencia Pedro Grimalt Servera, «El tratamiento automatizado



## 8. El caso particular de los expedientes de la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social

La razón por la que se trae a colación este asunto obedece a que la LOPD ha incluido una disposición adicional del siguiente tenor:

«**Disposición adicional tercera.** *Tratamiento de los expedientes de las derogadas Leyes de Vagos y Maleantes y de Peligrosidad y Rehabilitación Social.*- Los expedientes de las derogadas Leyes de Vagos y Maleantes, y de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que contengan datos de cualquier índole susceptibles de afectar a la seguridad, al honor, a la intimidad o a la imagen de las personas, no podrán ser consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados, o hayan transcurrido cincuenta años desde la fecha de aquéllos.

En este último supuesto, la Administración General del Estado, salvo que haya constancia expresa del fallecimiento de los afectados, pondrá a disposición del solicitante la documentación, suprimiendo de la misma los datos aludidos en el párrafo anterior, mediante la utilización de los procedimientos técnicos pertinentes en cada caso».

Esta es otra de las novedades que aporta la LOPD, toda vez que en la ley de 1992 no existía ninguna mención a los expedientes relacionados con estas leyes. Pues bien, sucede que, inmediatamente después de la entrada en vigor de aquélla, en enero de 2000, el Consejo General del Poder Judicial ha adoptado un acuerdo a propósito de la solicitud de un afectado por un expediente incoado conforme a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social quien instaba, alegando su derecho a la intimidad, la destrucción de ese expediente.

La decisión, tomada en el Pleno del 26 de enero de 2000, estimó en lo esencial el planteamiento del interesado e hizo primar su derecho fundamental sobre las normas reguladoras del expurgo de los archivos judiciales, que se remontan a 1911<sup>52</sup>, y sobre el interés histórico que adujo la Comisión de Expurgo que examinó inicialmente este asunto para pronunciarse contra la pretensión de destruir esta documentación, si bien entendió que debía preservarse la intimidad del solicitante impidiendo el acceso a esos datos a quienes no contaran con el consentimiento de su titular.

Lo notable del acuerdo del Consejo es que no haya tomado en consideración lo establecido en la disposición que se ha reproducido más arriba. Ello se debe, seguramente, a que la entrada en vigor de la LOPD ha

---

de datos sobre solvencia patrimonial obtenidos de resoluciones judiciales (Comentario a la STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 6/1995, págs., 216 y sigs.

<sup>52</sup> El Real Decreto de 29 de mayo de 1911 y otras normas reglamentarias posteriores.

coincido con la resolución del procedimiento. No obstante, cuando se toma esta decisión la ley se hallaba en vigor desde hacía ya varios días. Y del tenor del precepto que consideramos no parecen desprenderse dudas de lo que pretende: la conservación de esos expedientes si bien con la adopción de las cautelas precisas para que, salvo con el consentimiento del afectado, nadie pueda acceder a la información personal que se guarda en ellos. Obsérvese que, incluso para el supuesto en el que hayan transcurrido cincuenta años desde la fecha de los expedientes, se ordena la supresión de los datos susceptibles de afectar a la seguridad, honor, intimidad o imagen de las personas de manera que no sean conocidos por quien, en tales circunstancias, acceda a ellos. Sólo el fallecimiento comprobado inequívocamente del afectado puede levantar esas barreras. Así, pues, ante los bienes en posible conflicto, la intimidad y los demás derechos de las personas y el interés histórico<sup>53</sup>, el legislador ha buscado la manera de compaginar sus exigencias: conservación de documentos y preclusión de accesos no consentidos a datos personales de los vivos son los pilares de su elección. En otras palabras, la misma solución establecida por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español a propósito del patrimonio documental, del que estos expedientes forman parte<sup>54</sup>.

En cambio, el razonamiento del Consejo, al margen de los aspectos relacionados con las cuestiones competenciales, consiste en dar mayor valor a la Constitución y al derecho fundamental alegado frente a previsiones reglamentarias. Además, entiende que el interés histórico –que no puede prevalecer frente a las exigencias constitucionales– quedaría suficientemente salvaguardado mediante la adopción de «las medidas oportunas para que con la supresión de cualquier referencia personal y, por ende, de cualquier información de carácter *«sensible»*, se tome constancia, a efectos históricos, de su existencia –como puede ser mediante la anotación del dato numérico de los que existieron y se tramitaron–, pues el resto de los datos carecen de trascendencia histórica y su mantenimiento es contrario al derecho fundamental a la intimidad tantas veces referido.» Por todo ello, en el caso considerado, revoca la decisión de la Comisión de Expurgo y entiende que procede la destrucción del expediente, dando instrucciones al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ante el que se suscitó el caso para proceder en consecuencia. Respecto de los demás expedientes, el Consejo no se pronuncia, si bien parece desprenderse de sus argumentos que, a falta de reclamación de los afectados, no hay objeción para su conservación con las garantías necesarias para preservar los derechos de las personas a las que se refieren.

<sup>53</sup> Interés histórico que, junto al científico y el estadístico, la LOPD asume expresamente como elemento valioso. Así sucede en los artículos 4.2, 5.5.

<sup>54</sup> Véase su Título VII y, en especial, los artículos 49 y 52.

La solución por la que se ha optado es, pues, muy discutible. Desde luego, por encima de las normas reglamentarias que se han manejado, era imprescindible haber tenido en cuenta la disposición adicional tercera de la LOPD y la legislación sobre el patrimonio documental. Y, ante las normas en ellas establecidas, parece escaso el margen que a los órganos aplicadores del Derecho les queda. Es cierto que cabe considerar equivocada la opción del legislador, incluso contraria a la Constitución por no ofrecer una protección más intensa al derecho a la intimidad, pero esas no son razones que autoricen, ni al Consejo ni a los tribunales de justicia, a inaplicar una ley orgánica en vigor. Sólo éstos podrían, en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero nunca órganos de carácter ejecutivo, como lo es el Consejo General del Poder Judicial.

## 9. La virtualidad de las reglas objetivas

Fuera del marco que trazan las normas vigentes, poco más puede añadirse en términos concretos respecto de la protección de los datos personales en los ficheros judiciales. Es preciso volver a los principios de este sector del ordenamiento y, en particular, a sus reglas básicas, todas ellas positivizadas por la LOPD, en su Título II, e inspiradas por el Convenio 108 del Consejo de Europa. Tal como he indicado antes a propósito de los efectos que producen sobre el responsable del fichero judicial o de los tratamientos que en ellos se hagan, estas reglas objetivas, proyectan exigencias e, incluso, deberes de una manera especial para los responsables de los ficheros de los poderes públicos y, por tanto, también para los de los ficheros de los órganos judiciales. Seguramente, dada la estructura propia de los principios que las distingue, pueden servir para resolver problemas que, de otro modo, no sería fácil solventar. En este sentido, no creo casual que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se haga eco de ellos cada vez con más frecuencia e intensidad<sup>55</sup>.

Veamos, pues, cuáles son estas reglas.

1º Las que apuntan a la relación que debe existir entre el tratamiento informático de datos personales que se pretende y el cumplimiento de una finalidad legítima. Se trata de una relación de necesidad. Es decir, el tratamiento ha de ser necesario para lograr ese objetivo legítimo. Naturalmente, la desaparición de esa necesidad, elimina el presupuesto que

<sup>55</sup> Estoy pensando en la línea jurisprudencial que abre la STC 11/1998 y que se mantiene, además de en las otras sentencias dictadas a lo largo de ese año en esta materia, en la última hasta ahora producida: la STC 202/1999, de 8 de noviembre. Sobre las anteriores, cfr. Lucas Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa», cit., págs. 42 y sigs.



ampara el tratamiento y dota, de este modo, de un carácter de temporalidad a la conservación y utilización de esta información.

2° Las que se refieren a la adecuación que entre finalidad e información utilizada debe existir. Esta exigencia añade a la anterior el fundamental elemento de la proporción o medida: el tratamiento, además de necesario, ha de ser adecuado, es decir, razonable a la vista del fin que se pretende.

3° También hay que incluir la regla que impone la recogida leal de los datos. La lealtad en este terreno requiere el consentimiento informado del interesado o la cobertura de una autorización legal.

4° Igualmente, ha de jugar la exigencia de la calidad de la información obrante en el fichero o sometida a tratamiento. Calidad por la que debe velar quien la recoge o utiliza y consiste en la veracidad, exactitud y actualidad de los datos personales que se manejan. Insisto en que corresponde al responsable del fichero o del tratamiento el deber de asegurar esa calidad.

5° Además se han de añadir las cautelas a observar en los supuestos en los que se ceda esa información personal automatizada y a la necesidad de que sólo tenga lugar tal cesión cuando, mediando consentimiento del afectado o autorización legal, se guarde la conexión de finalidad, así como la proporción, que están en el origen de la recogida de esos datos personales.


6° Por fin, debe tenerse bien presente el respeto a los derechos del interesado que no han de padecer otras limitaciones que las expresamente establecidas por la ley y aún éstas, cuando concurran, han de motivarse por quien pretenda hacerlas efectivas.

## 10. Consideraciones finales

Todo cuanto se lleva dicho posee una relevancia especial cuando se produce o se considera en el marco del proceso judicial, pues en él la información que se maneja puede ser considerada, con carácter general, según se ha dicho más arriba, toda ella sensible. Por eso, las medidas de seguridad son fundamentales. Seguridad física y lógica. De igual modo que adquieren especial consistencia los deberes de reserva que, a quienes manejan o custodian estos datos personales, imponen las leyes. De ahí que el énfasis haya de ser puesto en las medidas de todo orden que impidan el acceso de personas no autorizadas a estos ficheros y tratamientos. Pero, también, debe actuarse sobre las reglas de las vigentes leyes de enjuiciamiento que regulan las comunicaciones procesales con el objetivo de determinar, con precisión, no sólo a quienes se les han de cursar en cada supuesto, sino, además, la información que cada una de ellas ha

de contener. En este sentido, es importante que contemplen la forma de autorizar la segregación de toda aquella que, por no ser de relevancia para los derechos de los receptores, puede y debe ser omitida.

Asimismo, es menester que las nuevas regulaciones asuman el hecho de que en el futuro este flujo se canalizará, de un modo cada vez más intenso, a través del correo electrónico y adopten medidas específicas para integrar las normas generales del Derecho de la Protección de Datos Personales con previsiones que tengan en cuenta las peculiaridades del proceso judicial. Así, la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 162, prevé ya la hipótesis de que los actos de comunicación entre los juzgados y tribunales, las partes y los destinatarios tengan lugar mediante sistemas electrónicos, informáticos o similares. Pero se limita a disponer la creación de un registro en el Ministerio de Justicia en el que consten las direcciones electrónicas de quienes posean estos medios, registro accesible electrónicamente. Fuera de esta previsión sólo añade previsiones sobre la garantía de la autenticidad de la comunicación y de su contenido y sobre la constancia de la recepción íntegra de los documentos que se hayan transmitido de este modo. No contempla, pues, ninguna novedad desde el punto de vista de la protección de datos.

En definitiva, son muchas las cuestiones que precisan de un adecuado tratamiento normativo con rango suficiente. Por eso, es cada vez más necesaria la elaboración de las disposiciones legales que regulen de una manera completa y sistemática el régimen jurídico de los ficheros de datos personales de los órganos jurisdiccionales, poniendo fin a las insuficiencias que caracterizan la situación actual. 

# EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS. EL DERECHO DE LOS CONCEJALES Y DIPUTADOS PROVINCIALES A ACCEDER A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTOS DE INTERÉS LOCAL

Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Magistrado-jefe del Gabinete Técnico de Información  
y Documentación del Tribunal Supremo

## 1. El artículo 105.b) de la Constitución. Sus conexiones con otros preceptos constitucionales

1.1. El artículo 105.b) de la Constitución dispone que «La ley regulará:

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas»

Para precisar la finalidad y alcance de este precepto constitucional resulta menester ponerlo en conexión con los otros dos apartados del mismo artículo, el a) y el c). En los dos, siempre en los términos establecidos por la ley, se garantiza la audiencia de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, ya sean de elaboración de disposiciones generales [letra a)], ya para la adopción de actos administrativos [letra c)].



En todo el artículo 105 se manifiesta una clara preocupación del constituyente por la publicidad de la actividad administrativa. La publicidad se exige a los productos administrativos, en especial a aquéllos que tienen naturaleza normativa (arts. 9.3 CE y 58 y siguientes de la Ley 30/1992), pero no sólo a ellos. Debe haber también luz y taquígrafos en el camino que ha de seguirse para obtener aquéllos y, en particular, en los depósitos en los que quedan guardados los documentos que se producen en ese camino y los que se incorporan a lo largo de él (los archivos) y en aquellos soportes en los que se anotan datos de interés que deben constar permanentemente (los registros).

El artículo 105 aparece así como una herramienta más a utilizar en la búsqueda de equilibrio en la tensión que se manifiesta entre los artículos 103 y 106 de la propia norma fundamental, entre la necesaria eficacia administrativa y su irrenunciable sometimiento al ordenamiento jurídico, en fin, entre las prerrogativas de las Administraciones públicas y las garantías de los administrados.

1.2. En el artículo 105. b) de la Constitución aparece, pues, un principio básico para la articulación de las relaciones entre las distintas Administraciones públicas y los ciudadanos, cuyo objetivo es facilitar la publicidad de las entrañas administrativas, en los términos establecidos en la ley. Pero no queda ahí, pues ese principio se actúa mediante el reconocimiento a los ciudadanos de un derecho subjetivo, el de acceso a los registros y archivos administrativos que, por lo dicho, es un derecho de configuración legal.

La Constitución se remite a la ley para la determinación del contenido de un derecho que ella se reduce a delimitar de modo negativo. El constituyente garantiza el derecho a acceder a los archivos y registros públicos, pero quiere que el acceso sólo llegue allí donde no queden afectados la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Ahora bien, el derecho en cuestión no es un fin en sí mismo. Ya he dicho que es una herramienta, y no lo es sólo para, mediante la publicidad de la actividad y productos administrativos, embridar a sus autoras, dejándolas reducidas a las organizaciones serviciales y subordinadas que nunca pueden dejar de ser, sino también para garantizar la efectividad de otros derechos de los ciudadanos y entre ellos, en primer lugar, aquéllos que tienen el carácter de fundamentales.

A nadie se le escapa, en una primera reflexión, la íntima relación de instrumentalidad que existe entre el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y archivos administrativos y sus derechos fundamentales a la libre información –presupuesto de la libertad de opinión–, a la participación política y a la efectiva tutela judicial (así ha tenido ocasión de ma-

nifestarlo la Sala 3ª –Sección 6ª– del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de marzo de 1999, dictada en el recurso de casación 6563/94). Si nos detenemos en la otra cara de la moneda, tampoco puede desconocerse las conexiones que existen entre el derecho de un ciudadano a acceder a un archivo o registro administrativo y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas cuyos datos constan en ellos.

### 1.2.1. *Las conexiones con la libertad de información*

No es necesario reiterar aquí lo que, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, es hoy un lugar común: el carácter preeminente de la libertad de información como presupuesto de la formación de una opinión libre, que, por estar indisolublemente unida al pluralismo político, es fundamento de todo sistema democrático. Ni que decir tiene que esa preeminencia queda reforzada si la información se canaliza a través de quienes tienen por su quehacer profesional la canalización de la información pública libre (por todas, SSTC 12/1982, 240/1992).

En el cumplimiento de esa trascendental función de formar una opinión pública libre, el Tribunal Constitucional ha sentado una doctrina mediante la que ha reconocido a los medios de comunicación amplias facultades para acceder a las actuaciones y documentos judiciales (v.gr.: SSTC 30/1982 y 13/1985). Si ello es así, ninguna razón hay para no llegar a igual conclusión en relación con las actuaciones de las Administraciones públicas y sus archivos y registros (*vide* Juan Francisco Mestre Delado, «El derecho de acceso a archivos y registros administrativos [Análisis del artículo 105.b) de la Constitución]», págs. 83 y siguientes; Monografías Civitas, Ed. Civitas, Madrid-1993).

Las razones que justifican desde el artículo 20 de la Constitución limitar el secreto de las actuaciones judiciales y abrir las puertas de los juzgados y tribunales a los medios de comunicación social, son en esencia las mismas que autorizan a concluir que la actividad administrativa, los soportes en que queda documentada, los archivos en que éstos se custodian y los registros en que se contienen datos de interés para la formación de una libre opinión pública deben también estar abiertos a aquellos medios. Siempre, claro está, dentro de los parámetros y con las pautas señaladas por el máximo intérprete de la Constitución (*vide* SSTC 76/1995 y 176/1995):

- a) los datos que se trata de recabar y difundir deben ser noticiosos o noticiables, esto es, han de encerrar trascendencia pública y ser necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva;
- b) han de ser veraces, esto es, han de ser hechos cuya veracidad el comunicador haya contrastado, aunque después resulten inciertos;

c) no pueden afectar al honor, a la intimidad o a la propia imagen de terceros.

Por lo demás, como ha puesto de manifiesto Mestre Delgado, nada hay en el artículo 105.b) de la Constitución que impida reconocer a los medios de comunicación social la titularidad del derecho que se está analizando.

### 1.2.2. *Conexiones con el derecho a participar en los asuntos públicos. Remisión*

El art. 23 de la Constitución reconoce, en su apartado 1, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o a través de representantes, elegidos libre y periódicamente en un sistema de sufragio universal y, en el 2, el derecho a acceder, en condiciones de igualdad y de acuerdo con lo dispuesto en la ley, a las funciones y cargos públicos.

El Tribunal Constitucional, en un amplio cuerpo de doctrina, ha precisado el contenido de estos derechos, que lo son de configuración legal. El derecho a la participación política es un derecho que, en lo que aquí interesa, no sólo garantiza el acceso a los cargos de representación política y protege de un cese arbitrario, sino que, puesto en conexión con el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, también garantiza el ejercicio de los mismos sin mediatización ni perturbación alguna. Ese ejercicio, de acuerdo con la naturaleza de derecho fundamental de configuración legal, ha de serlo de conformidad con lo dispuesto en la ley. Es la ley, comprensiva en su caso de los reglamentos parlamentarios, la que ha de ordenar los distintos derechos y facultades que conforman el estatuto de los diversos públicos y cargos públicos (por todas, SSTC 161/1988 y 30/1997).

Pues bien, no puede caber la menor duda que el ejercicio legítimo por los representantes políticos de su derecho *ex* artículo 23 de la Constitución reclama el que aquéllos, en los términos establecidos por la ley, puedan tener acceso a toda la información que resulte menester para el correcto cumplimiento de su función. Por este cauce, el derecho reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución se adentra en el ámbito más restringido, pero también más privilegiado, de los derechos fundamentales y libertades públicas, con la protección reforzada que ello comporta.

En la medida en que el acceso a la información depositada en los archivos y registros administrativos sea imprescindible para el ejercicio por los representantes políticos de las funciones propias de su cargo, el derecho a aquel acceso se integra en la constelación de las facultades propias del derecho fundamental a la participación política (*vide* SSTC 161/1988, 181/1989 y 220/1991 y SSTs, 30.70, de 17 de noviembre de 1997 y 25 de junio de 1999).



Sobre este particular me detendré más adelante en relación con los cargos de representación política en el ámbito local.

### 1.2.3. *La conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva*

El derecho que reconoce el artículo 105.b) es, como ya ha quedado dicho, un instrumento en la constante tensión entre privilegios de la Administración y derechos de los ciudadanos. Es una herramienta en el necesario control judicial de la actuación de las Administraciones públicas, diseñado con gran amplitud por el artículo 106 de la Constitución. Ese control se actúa mediante el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico atribuye a quienes, en cada caso, están legitimados para ello, que, en cuanto tales, son titulares de los derechos que garantiza el artículo 24.

Pues bien, para la efectividad de la tutela judicial que se presta en el ejercicio de acciones por los administrados frente a las Administraciones, en muchos casos resulta imprescindible obtener información –bien por el juez en el seno del proceso, bien por las partes antes de promoverlo– sobre los datos que constan en los archivos y registros de aquéllas. Aquí, el derecho de acceder a los registros y archivos administrativos entronca con el citado derecho fundamental. En la medida en que se cierre el acceso y ello impida la debida promoción de una acción judicial frente a una Administración pública o, una vez ejercitada la acción, la adecuada defensa de la propia posición en el proceso, el desconocimiento del derecho *ex* artículo 105.b) de la Constitución puede ser determinante de la vulneración de derecho a una efectiva tutela judicial.

Ahora bien, el derecho a la efectiva tutela judicial no es absoluto e incondicionado, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, que encuentran sus límites allí donde entran en confrontación con otros derechos y valores constitucionalmente protegidos (por todas, *vide* SSTC 11/1981 y 181/1990). Hay documentos administrativos inaccesibles o de acceso restringido, como aquellos a los que se refiere la Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales (modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre), si bien los obstáculos que de ello pudieran derivarse para la garantía del artículo 24.1 de la Constitución quedan removidos por la posibilidad de control jurisdiccional de la decisión del Gobierno sobre la clasificación o desclasificación de documentos (*vide* STS, 30 Pleno, de 4 de abril de 1997).

En cualquier caso, la plena efectividad de un Estado de Derecho como es el nuestro demanda que no existan reductos donde los jueces y tribunales, en el ejercicio de la función jurisdiccional que el constituyente les atribuyó, no puedan entrar. Aquéllos, para decidir las controversias jurídicas ante ellos suscitadas, deben tener en sus manos la entera realidad sobre la que han de emitir su juicio, sin que haya porciones de la misma sustraídas a su conocimiento. El secreto administrativo puede y debe exis-

tir para los ciudadanos cuando se den los requisitos establecidos por el legislador, pero no para quienes tienen como una de sus funciones controlar el sometimiento al ordenamiento jurídico de las Administraciones públicas.

Instrumentos hay para salvaguardar los dos bienes jurídicos en conflicto –tutela judicial y secreto administrativo– sin necesidad de sacrificar ninguno de ellos. Algunos se encuentran ya recogidos en nuestros textos positivos. Tal es el caso del artículo 88.2 de la Ley Orgánica 3/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional, que permite al máximo intérprete de la Constitución recabar de los demás poderes públicos la remisión de toda clase de documentación, incluso la declarada secreta, adoptando las medidas pertinentes para preservar el secreto. Tampoco debe existir secreto para el Defensor del Pueblo, que puede acceder a los archivos y registros en los que se contengan documentos declarados secretos, garantizando en todo caso la reserva (art. 22 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril).

Se echa de menos en la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) una previsión análoga, sobre todo si se tiene presente que dicha Ley es de aplicación supletoria en los demás órdenes jurisdiccionales. En su artículo 232.1 se limita la Ley a establecer un deber general de las Administraciones públicas y entidades oficiales de expedición de las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los juzgados y tribunales y de exhibición de los documentos que obren en sus dependencias y archivos, «excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto». No se establece aquí, como para el Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo, un principio general de acceso a la documentación administrativa, incluso la declarada secreta, garantizando en todo caso la reserva.

## 2. Un referente: la transparencia administrativa en el Derecho comunitario

La legitimación que se exige en un Estado democrático de Derecho a la Administración pública, determinó que en la década de los años 60 del pasado siglo las legislaciones de los países de Europa occidental, que iniciaban el proceso de formación de una Europa unida (en aquel momento sólo económicamente), fueran introduciendo cauces para hacer más diáfanos sus organizaciones administrativas, viniendo a reconocer a sus ciudadanos el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos, si bien en sectores materiales determinados y no de forma generalizada.

A este esfuerzo se incorporó la Unión Europea en los últimos años de la década de los 80, y lo hizo de forma decidida, si bien pueden barruntarse ya en los Tratados constitutivos determinadas medidas con cierta incidencia sobre la transparencia de la Administración comunitaria, como el principio de que los ciudadanos europeos tienen el derecho a conocer las razones que animan a las instituciones comunitarias a adoptar actos que directa o indirectamente afectan o pueden afectar a sus intereses y expectativas legítimas.

A partir de aquí, y en forma progresiva, el derecho de los ciudadanos a ser informados de las actividades de la Administración europea ha ido asentándose en distintos sectores del Derecho comunitario. Cerrillo I Martínez destaca el sector de la función pública, con el derecho de los funcionarios a conocer su expediente personal, el sector financiero, el de tratamiento de datos personales y el de los archivos históricos.

Pero donde realmente se ha producido la eclosión de la transparencia administrativa en el ámbito comunitario ha sido en el del medio ambiente. El 40 Programa de Medio Ambiente de 1987 insistió en la necesidad de una mayor transparencia en este sector. Ello dio sus frutos en la Directiva 85/377/CEE, en la que se somete a la máxima publicidad a las solicitudes de autorización relativas a los proyectos sujetos a la evaluación de impacto ambiental, y en la Directiva 89/618/EURATOM, de información sobre medidas de protección de la salud y decisiones adoptadas con ocasión de accidente nuclear o en caso de otra emergencia de esa naturaleza.

Es con la Directiva 90/313, del Consejo, sobre libertad de acceso a información en materia de medio ambiente con la que la transparencia administrativa, articulada mediante el reconocimiento de un derecho general de información por parte de cualquier persona física o jurídica que lo solicite sin necesidad de acreditar un interés determinado, queda consagrada definitivamente en el ámbito comunitario.

### 3. Los perfiles legales del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en el Derecho español

#### 3.1. Los titulares del derecho

La ley a la que se remite el artículo 105 de la Constitución es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que en su artículo 37, como el 105 del texto constitucional, utiliza el vocablo «ciudadanos» para referirse a los titulares del derecho.



Para llenar de contenido el término «ciudadanos», conviene no olvidar el carácter instrumental que tiene, como ya ha sido reiterado aquí, el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos. Es un cauce para alcanzar la plenitud de determinados derechos y, principalmente, los constitucionales a los que hemos hecho mención. Basta entonces con enfocar el objetivo en los titulares de estos derechos para descubrir quién o quiénes sean los titulares de aquél.

Así las cosas, podemos ya afirmar que pueden ser titulares del derecho *ex* artículo 105.b) de la Constitución quienes lo son o pueden serlo de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la libertad de información, a la libertad política y al acceso a las funciones públicas y, en fin, a la tutela judicial efectiva. En suma, las personas físicas y jurídicas titulares de los mismos.

### 3.2. Los sujetos pasivos del derecho

Ninguna dificultad ofrece la determinación de los sujetos que están obligados a facilitar el ejercicio del derecho en cuestión. Si se trata de acceder a los archivos y registros administrativos, serán las administraciones públicas de los que dependen quienes deban franquear las puertas de dichas dependencia a los titulares del derecho.

Dentro del aquél concepto, –el de administraciones públicas– deben quedar englobadas, no sólo las Administraciones públicas territoriales –Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales–, sino en general toda Administración pública Bsea territorial, corporativa o institucional– y todo sujeto de derecho que, por ejercer funciones públicas –propias o delegadas–, es gestor, administrador o depositario de archivos y registros de naturaleza administrativa.

### 3.3. El contenido del derecho

#### 3.3.1. Su delimitación positiva. El concepto de archivos y registros administrativos

Un archivo administrativo es un depósito donde, con criterios racionales de ordenación, se encuentran depositados expedientes de esa naturaleza, que, a su vez, son un conjunto ordenado de documentos. Por su parte el concepto de registro es bifronte: de un lado es, como ha dicho Castells («El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 10, 1084, págs. 135 y ss.), un instrumento de control de los documentos administrativos cuando entran, circulan y salen de la oficinas públicas. Pero también es, en un sentido más amplio y comprensivo del anterior, aquel soporte en que se anotan ciertos datos que deben constar de forma permanente.

En cualquier caso, desde la perspectiva del artículo 105.b) de la Constitución, el concepto de registros y archivos administrativos es, una vez más, instrumental. Se reconoce el derecho de acceso a los mismos porque en ellos se encuentran depositados documentos o constan datos relevantes para la plena efectividad de los derechos sustantivos de los que el mencionado artículo 105.b) es herramienta.

Siendo ello así, la determinación del ámbito objetivo del derecho obliga a centrar la atención en el concepto de documento y en el de asiento registral, y para ello resulta sumamente útil el artículo 37 de la Ley 30/1992, que en su apartado 1 se refiere a los documentos, y –cabe añadir aquí– asientos registrales, cualquiera que sea su forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, y el soporte material que los sustente.

### 3.3.2. *Su delimitación negativa. Las materias excluidas*

El artículo 105.b) de la Constitución, después de reconocer el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, los excluye a renglón seguido en los casos de afección de la seguridad y defensa del Estado, de la averiguación de los delitos y de la intimidad de las personas. Además del anterior limitación expresa del derecho que venimos estudiando, ninguna duda puede haber de la existencia de otras barreras al mismo, en concreto de las que vienen impuestas por la necesidad de proteger y dar efectividad a otros derechos (por ejemplo, el honor) y otros valores constitucionalmente protegidos (por ejemplo, la protección de la familia).

Mayor duda plantea la posibilidad de que el legislador imponga otros límites distintos de los expresados. De hecho, el artículo 37 de la Ley 30/1992 excluye el derecho de acceso en los expedientes que afecten a los actos políticos, a materias protegidas por el secreto comercial o el industrial y a los relativos a actuaciones derivadas de la política monetaria.

En principio, nada se opone a que la Ley, a la que se remite el artículo 105 de la Constitución, añada nuevos supuestos de exclusión del derecho a acceder a los registros y archivos administrativos distintos de los expresamente previstos en el precepto constitucional citado, siempre que, como ha quedado dicho, con ello se trate de proteger otros bienes y derechos constitucionales.

#### 3.3.2.1. *La seguridad y defensa del Estado*

La justificación de esta exclusión es clara. Esta es una limitación del derecho de acceso común en el derecho comparado y que encuentra su razón de ser en la salvaguarda del sistema de convivencia que, precisamente, garantiza aquel derecho.

Así las cosas, de existir alguna duda ésta se suscita a la hora de determinar qué haya de entenderse por «seguridad y defensa del Estado». Para ello resulta conveniente acudir a la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio,

en la que se establecen los criterios básicos de la defensa nacional y de la organización militar y en cuyo artículo 2 se define la defensa del Estado y sus objetivos. En este artículo se dice que la «defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión», con el fin de «garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria».

Se trata, como se ve, de un concepto ciertamente amplio, susceptible, además, de ser objeto de una interpretación extensiva. En la medida en que nos encontramos ante una excepción al ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, la interpretación debe ser en todo caso restrictiva y para ello, como aconseja Mestre Delgado, es recomendable acudir a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que pone las cosas –valga la redundancia– en su sitio. La seguridad y defensa del Estado que justifica la exclusión de la transparencia administrativa es aquella que queda puesta en cuestión en situaciones excepcionales de grave alteración del libre y pacífico ejercicio de sus derechos y libertades por los ciudadanos, del funcionamiento de las instituciones democráticas o del de los servicios públicos esenciales para la comunidad (art. 13.1), situaciones que, claro está, engloban los casos de amenaza por la fuerza de la soberanía e independencia de España, de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional.

### 3.3.2.2. La averiguación de los delitos

Esta exclusión viene referida a la actividad administrativa que coadyuva con el Poder Judicial en la averiguación y persecución de hechos delictivos. No se trata aquí, pues, del secreto sumarial, que tiene su régimen específico, aunque su razón de ser sea la misma.

Para precisar el alcance de esta exclusión del derecho de acceso a los registros y archivos administrativos es útil tener en cuenta el bien jurídico que con ella se pretende proteger, que es el mismo que se tutela con la declaración de secreto sumarial: remover todo obstáculo en la averiguación de los delitos y en la determinación de las personas responsables de los mismos y salvaguardar los derechos fundamentales y libertades públicas de terceras personas

Así las cosas, cuando se trata de expedientes para la averiguación de delitos la transparencia administrativa no debe ceder ante el secreto en todo caso, sino sólo cuando su publicidad comprometa la finalidad perseguida con la tramitación del expediente o pueda lesionar los derechos fundamentales y libertades públicas de terceros. Tal es el sentido que a esta exclusión ha dado el art. 37 de la Ley 30/1992, en su apartado 5.c)



### 3.3.2.3. La intimidad de las personas

La protección del derecho a la intimidad como causa de exclusión del derecho a acceder a los registros y archivos administrativos, es tratada en estas jornadas por otro ponente. Bastan aquí dos pinceladas.

Primera: la amplitud de esta exclusión viene determinada por la extensión del mencionado derecho fundamental. En otras palabras, el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos debe excluirse en aquellos casos en que la exclusión sea imprescindible para dejar indemne el ámbito propio y reservado de toda persona frente a la acción y conocimiento de los demás, imprescindible para mantener una calidad mínima de la vida humana. Cuál sea la extensión de ese ámbito es algo que varía de unas sociedades a otras y de un momento histórico a otro, pero que en una sociedad pluralista como la nuestra, ideológicamente heterogénea, debe ser determinada por los órganos del Poder Judicial (*vide* SSTC 231/1988 y 171/1990).

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece numerosos ejemplos de esta exclusión. Desde el ámbito tributario (artículo 111 de la Ley General Tributaria) hasta el de la función pública estadística (artículo 13 de la Ley de la Función Pública Estadística), pasando por la nuclear del tratamiento de los datos personales (Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal).

Segunda: la intensidad de la protección que demanda la intimidad de las personas es tal que, en ocasiones, no sólo excluye el acceso a los datos de carácter personal sino que demanda su destrucción. No se trata aquí de una excepción del derecho de acceso a los archivos o registros administrativos, sino de la destrucción de éstos. Recientemente, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en resolución de 26 de enero de 2000, ha acordado la destrucción íntegra del expediente de peligrosidad social de un ciudadano, previa entrega al mismo de una copia testimoniada, razonando que el interés histórico en la conservación del expediente no puede prevalecer sobre el derecho a la intimidad de aquél

### 3.3.2.4. Los actos políticos del Gobierno de la Nación y de los de las Comunidades Autónomas y las actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria

Sería un error hacer coextensa esta exclusión con la inimpugnabilidad contencioso-administrativa de los llamados actos políticos de gobierno, tradicional en nuestro derecho. En primer lugar, porque la finalidad de aquella exclusión y la de esta inimpugnabilidad son diversas. Y, en segundo término, porque hoy, después de la Ley 29/1998, los actos políticos son controlables por los tribunales de lo contencioso-administrativo en los términos del artículo 2.a) de la mencionada Ley.

El bien jurídico, de dimensión constitucional, que se pretende proteger con esa exclusión es la eficacia administrativa (Santamaría Pastor). Siendo ello así, la exclusión sólo será operativa en la medida en que resulte imprescindible a tal fin. Dicho de otra forma, no todos los expedientes relativos a los actos políticos (singularmente los atinentes a la política monetaria) deben quedar excluidos del derecho de acceso, sino sólo aquellos y en la medida imprescindible en que resulte menester para garantizar la operatividad de las decisiones adoptadas por los órganos que tienen constitucionalmente atribuida la dirección de la vida política.

Y esta exclusión debe ser interpretada muy restrictivamente si se tiene presente que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos coadyuva, como se ha visto, a la formación de una opinión pública libre y plural, que desarrolla sus máximas potencialidades precisamente en la actividad política.

#### 3.3.2.5. Las materias protegidas por el secreto industrial o comercial.

Aquí, para justificar la exclusión, entran en juego otros bienes y valores. Se trata de proteger la investigación e innovación tecnológicas e industriales, con el fin de impulsar la modernización y el desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130 de la Constitución). Manifestaciones singulares de esta exclusión se encuentran en la Ley de Patentes de 1986 y en la de Competencia Desleal de 1991. Es claro –aquí con más razón que en otras exclusiones, por la índole de los bienes jurídicos que con ellas se trata de proteger– que el cierre del acceso a los registros y archivos en que se contengan datos de esta naturaleza debe limitarse exclusivamente a los datos que, habida cuenta aquella finalidad, deben quedar cubiertos por el secreto; la exclusión no puede ir más allá y la interpretación sobre su extensión debe ser estricta.

#### 3.3.2.6. Las exclusiones por remisión

El artículo 37.6 remite a sus disposiciones específicas el acceso a determinados tipos de registros. Pues bien, tres de esas remisiones son verdaderas exclusiones, pues la legislación específica respectiva excluye todo tipo de información sobre los datos de que se trata. Son los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas [art. 8.a) de la Ley 9/1968], los expedientes que contienen datos sanitarios y personales de los pacientes (art. 10.3 de la Ley 14/1986, General de sanidad) y los archivos con fines estadísticos dentro del ámbito de la función pública estadística (arts. 13 y ss. de la Ley 12/1989).

### 3.4. El ejercicio del derecho

El acceso a los registros y archivos administrativos, en los casos en que proceda, debe realizarse de forma en que no se afecte el normal desenvolvimiento del correspondiente servicio público (arts. 37.7 de la Ley 30/1992 y 230.2 del Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales). En cualquier caso, no son admisibles las peticiones genéricas e indeterminadas de información (salvo en el caso de investigadores con interés histórico, científico o cultural relevante). La petición debe ser individualizada (art. 37.7 citado).

El derecho de acceso se ejerce principalmente mediante la consulta directa de los documentos y conlleva el derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los documentos cuyo examen ha sido autorizado (arts. 37.8 de la Ley 30/1992 y 230.2 del Reglamento aludido).

## 4. En particular, el derecho de los concejales y diputados provinciales a acceder a la información y documentos de interés local

### 4.1. Introducción

Ha quedado dicho *ut supra* que el ejercicio legítimo por los representantes políticos de su derecho *ex* artículo 23 de la Constitución reclama que, en los términos establecidos por la ley, puedan tener acceso a toda la información que resulte menester para el correcto ejercicio de su función y que, por este cauce, el derecho reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución se adentra en el ámbito más restringido, pero también más privilegiado, de los derechos fundamentales y libertades públicas, con la protección reforzada que ello comporta.

Pues bien, aquí la protección del derecho de acceso es máxima. Dicho a la inversa: la transparencia administrativa debe ser casi total. La Ley reguladora de las Bases de Régimen Local hace, en su artículo 77, una declaración de principios al disponer que «los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función».

Se trata de un derecho que se reconoce individualmente a cada representante local (STS, 30.40, de 18 de octubre de 1995), tenga o no tenga área de gobierno (STS, 30.70, de 26 de febrero de 1996).

Este derecho es después disciplinado en los artículos 14 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.



#### 4.2. El acceso libre

Hay casos en que los concejales y diputados provinciales pueden acceder a la información precisa para el ejercicio de sus funciones directamente, sin necesidad de previa autorización del Alcalde o Presidente de la Diputación. Son aquellos a los que se refiere el artículo 15 del Reglamento citado:

- a) Cuando se pretende acceder a informaciones propias de las responsabilidades de gestión del Concejal o Diputado que recaba ser informado.
- b) Cuando la información interesada afecta a asuntos que deben ser tratados en órganos colegiados de que forme parte el solicitante de la información. En estos casos, la documentación de los asuntos incluidos en la orden del día deberán estar a disposición de los miembros de la Corporación desde el mismo día de la convocatoria (art. 84 del Reglamento).
- c) Cuando se trate de resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.
- d) Cuando se trate del acceso a la documentación que es de libre acceso para los ciudadanos.

#### 4.3. El acceso autorizado

En los demás casos, el Diputado o Concejal debe ser autorizado por el Presidente de la respectiva Corporación. En estos supuestos, una vez hecha la solicitud, se entiende otorgada la autorización por silencio si transcurren cinco días sin resolución o acto expreso denegatorio. En cualquier caso, la denegación expresa ha de ser motivada (arts. 77.2 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, en redacción de la Ley 11/1999, y 14.2 y 3 del Reglamento citado).

#### 4.4. El ejercicio del derecho

Dada la íntima conexión del derecho a acceder a los archivos y registros administrativos por parte de los concejales y diputados provinciales con el derecho fundamental a la participación política, la instrumentación que hace el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales del ejercicio de este derecho es más flexible que el régimen general previsto en la Ley 30/1992, permitiendo al que ejercita el derecho retirar la documentación precisa de los archivos y registros en que se encuentre depositada, previa firma de un acuse de recibo y con el límite de no sacarla de la Casa Consistorial o del Palacio Provincial.

El derecho se articula mediante la consulta de la documentación y sólo se pueden obtener copias en los supuestos de acceso libre y en los demás casos si lo autoriza el Presidente de la Corporación. No obstante, el Tribunal Supremo, interpretando de forma amplia y flexible los preceptos del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales que disciplinan este derecho (STS, 30.70, de 5 de mayo de 1995), ha sostenido que el derecho a la información de los concejales y diputados provinciales integra el de obtener en todo caso copias o fotocopias, y no sólo en los de acceso libre (*vide* STS, 30.40, de 27 de diciembre de 1994).

A los concejales y diputados provinciales se les reconoce el derecho a ser informados mediante el acceso a los archivos y registros administrativos en cuanto tales, para el ejercicio de su función representativa. El derecho sólo está justificado en atención al fin que se persigue con su ejercicio. Es por ello que la información sólo puede ser solicitada en la medida en que sea necesaria para hacer posible el desarrollo de aquella función y que sobre los concejales y diputados provinciales pesa la obligación de guardar reserva de la información que obtengan por este cauce. Ahora bien, ello no comporta que en la solicitud deban acreditar en qué medida es necesaria la información para el ejercicio de su función; basta con indicar en aquélla que se necesita para el ejercicio de la función representativa (STS, 30.70, de 26 de febrero de 1996). ■

## Bibliografía

- ÁLVAREZ RICO, Manuel y ALVAREZ RICO, Isabel. «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, págs. 473 a 494.
- CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí. «La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente (el derecho de acceso a la documentación administrativa)». Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-1998
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco. «El derecho de acceso a archivos y Registros administrativos [análisis del artículo 105.b) de la Constitución]». *Monografías Civitas*. Editorial Civitas. 10 Edición, Madrid-1993.
- POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. «El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos». Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. Madrid-1989.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente». *Revista de Administración Pública*, núm. 137. Mayo-agosto de 1995, págs. 31 a 55.





## ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DEBER DE COLABORACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA MEDIANTE EL SUMINISTRO DE DATOS DE TERCERAS PERSONAS

Miryam Martínez García

Profesora de Derecho Constitucional

**E**l actual Estado de Derecho dota a la Constitución no sólo de eficacia programática, sino también de eficacia jurídica. Este principio tiene su reflejo en el Derecho Tributario: los principios constitucionales trascienden al campo del derecho tributario y no sólo en su contenido informador, sino también en el material y formal.

El conjunto de normas del llamado Derecho Tributario formal establece un repertorio de deberes de comportamiento a cargo de los sujetos pasivos y de terceros (entre los que se encuentra el deber de suministro de información) que deben de armonizarse con los principios, valores y derechos reconocidos por el Texto Constitucional (el derecho a la intimidad personal y otros conforme veremos)

Es así que hemos de puntualizar sobre la forma en que la Constitución influye en el deber de colaboración de terceros (en especial de las entidades bancarias) con la Administración Tributaria. Con carácter previo, procede establecer que nuestra norma suprema no ampara específicamente el secreto bancario, lo cual no quiere decir que no se protejan los intereses jurídicos que materializa en cuanto que pueden afectar a la protección de la intimidad personal.

La construcción en el derecho público de los postulados referidos a la esfera de la personalidad es muy reciente y nace como un principio civi-

lista, que con posterioridad se redimensiona con su incorporación a la Constitución Española a través del artículo 18: «*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*»

Siendo nuestro sistema constitucional, y especialmente en lo referido a derechos y libertades fundamentales, deudor de la Ley Fundamental de Bonn, procede realizar una primera referencia al tal texto constitucional, y a su interpretación doctrinal y de protección constitucional. En reiteradas y recientes ocasiones, las construcciones del Tribunal Constitucional germano han constituido punto de referencia interpretativo para nuestro Tribunal Constitucional cuando analiza el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

En Alemania no existe una cláusula específica de protección de la intimidad personal; no se refleja constitucionalmente tal derecho, sino que se construye sobre la literatura jurídica y del Tribunal Constitucional en base a los siguientes principios:

a) Su fundamento jurídico reside en la dignidad personal humana que se considera como intangible por el artículo primero de la Ley Fundamental de Bonn y es calificada como valor supremo de la Constitución. Y el artículo segundo garantiza el libre desarrollo de la personalidad, y con ello, de la libertad de individuo en su ámbito no sólo espiritual y político, sino también económico; de donde deriva la necesidad de reservar a los ciudadanos una esfera de libre configuración de su vida privada.

b) La protección de la intimidad personal opera no solo respecto de terceros particulares, sino también frente a los poderes públicos.

c) Es un derecho no absoluto sino limitado. La esencia del hombre como ser social supone la necesidad de que soporte actuaciones del aparato estatal que se justifiquen en función del interés predominante de la comunidad, siempre que respeten la proporcionalidad de la actuación de los poderes públicos, y dejen indemne el ámbito de la vida privada considerado como intangible.

d) La protección de la intimidad personal es un derecho que en ocasiones puede entrar en conflicto con otros bienes jurídicos o con intereses también constitucionalmente protegidos. Ello propiciará realizar una ponderación de bienes jurídicos (*Güterabwägung*) para cada caso concreto.

Una de las principales aportaciones es la realizada por Sichtermann<sup>1</sup>, para quien la persona tiene, por mor de los artículos primero y segundo de la Ley Fundamental de Bonn, una esfera de relaciones que mantiene en secreto, y de entre ellas, lo que confía a las entidades bancarias. Y el Tribunal Constitucional alemán había establecido una graduación en protección de

<sup>1</sup> Sichtermann S., *Bankgeheimnis und Bankauskunft*, Frankfurt Main, Friz Knapp Verlag, 1984.

la esfera privada. Distingue una esfera de la intimidad (intimsphäre) referida a aspectos estrictamente personales, en ausencia de la cual no puede hablarse de dignidad de la persona humana: son aspectos personalísimos del individuo que deben mantenerse inmunes a toda injerencia exterior. Y el ámbito del secreto de la persona (geheimsphäre) en el que se incluiría el secreto bancario, que no es relevante a los efectos de protección de la dignidad humana; los hechos que los particulares ponen en conocimiento del banco con motivo de la realización de sus operaciones no afectan al ámbito más íntimo de su existencia y no son relevantes a los efectos de la protección de la dignidad humana. Aquí la protección no es absoluta y su reconocimiento solo se produce en tanto no entre en contradicción con intereses superiores, pudiendo ser limitado cuando entre en colisión con exigencias predominantes para la comunidad.

Este criterio no legitima cualquier tipo de intervención por los poderes públicos. La injerencia en esta esfera sería válida únicamente cuando se usa para alcanzar resultados que no pueden obtenerse por otras fuentes, y necesariamente proporcional a los fines perseguidos.

Canaris<sup>2</sup> formula una crítica a la teoría de las esferas por la falta de concreción, ya que considera que no es fácil establecer criterios objetivos. Y estima que dentro de los límites de la esfera de la intimidad no se deberían de incluir los bancarios, ya que se trata de datos de naturaleza patrimonial no personalísimos. El Tribunal Constitucional alemán aquilata entonces cuál es el límite de la esfera de la intimidad que la Norma Suprema considera inmune a toda injerencia externa.

Y es así que los datos «protegidos» por el secreto bancario no pueden incluirse dentro de esta esfera. Son datos eminentemente patrimoniales relacionados con la actividad y el conjunto de relaciones económica de la persona. Carecen de la nota de ser esencialmente personalísimos por lo que no quedan cubiertos por la esfera de la intimidad personal. Por ello, el sistema constitucional alemán no les dispensa una protección absoluta, lo cual no quiere decir que carezcan de cualquier tipo de protección jurídica: gozan de una protección de carácter relativo que posibilitará la existencia de injerencias por parte de los poderes públicos siempre y cuando éstas gocen de fundamento constitucional y desarrollo legal. Para ponderar la constitucionalidad de las normas que imponen a las entidades bancarias el deber de suministrar datos con trascendencia tributaria a la administración, se debe acreditar la existencia de razones objetivas, constitucionalmente protegidas, que justifiquen las limitaciones en la esfera privada que comportan tales deberes.

<sup>2</sup> Canaris C. W., *Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, Dritter Band, 3 Teil, 2 Bearbeitung, Berlin New York, Walter de Gruyter, 1981.



El fundamento de esta injerencia viene siendo la necesidad del Estado de procurarse medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones: para el desarrollo del Estado Social y de Derecho, el aparato estatal necesita de fondos dinerarios que ha de detraer de los particulares. El interés público de la prestación tributaria ya nacida está protegido constitucionalmente. La presencia de intereses contrapuestos, cuales son la protección de la esfera privada de una parte, y la necesidad de realizar investigaciones y comprobaciones para la aplicación de la norma tributaria, incluyendo deberes de información a cargo de terceros de otra, obliga a realizar una ponderación de los bienes protegidos en litigio.

La doctrina alemana mayoritaria, con su exponente prototípico en Hensel<sup>3</sup>, resuelve el conflicto estableciendo la prevalencia del interés público en una justa y adecuada aplicación de la norma tributaria, lo que conlleva la constitucionalidad de la norma que impone a las entidades bancarias el deber de suministrar información con trascendencia tributaria a la Administración. El interés en el mantenimiento del secreto bancario, reconocido por el ordenamiento jurídico como digno de protección quiebra en aras de otro interés reconocido como más importante, cual es la pretensión tributaria de la administración financiera. Ello no supone una disposición omnímoda de todo tipo de datos en favor de la Administración. Se reconoce al legislador ordinario un amplio margen para configurar las relaciones entre particulares, sistema bancario y administración tributaria. Pero al tiempo, las facultades de la administración tributaria son sometidas por el legislador a una serie de límites de diversa naturaleza y alcance, reflejo de la protección que la Constitución concede a los intereses del particular: el legislador es libre de ponderar los intereses públicos y privados según sus particulares concepciones políticas; la regulación del deber de colaboración de las entidades bancarias y las correlativas facultades de la administración serán el resultado de un juicio esencialmente político.

## Sistema constitucional español

La metodología a utilizar para el estudio de esta problemática en el ordenamiento jurídico español ha de ser necesariamente distinta. Y ello por la previsión contenida en el artículo 164 del texto constitucional sobre el alcance y contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional, así como la trascendental función interpretativa de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en este ámbito específico.

<sup>3</sup> Hensel, A., *Diritto Tributario*, Giuffrè, Milano, 1956.

Ello nos aboca necesariamente a realizar este estudio desde la perspectiva del contenido de las sentencias que sobre el particular han elaborado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo hasta la fecha, sin perjuicio de las necesarias y clarificadoras referencias a posiciones doctrinales.

Nuestra vigente Constitución no protege absolutamente los datos económicos, aunque les dota de una protección relativa, permitiendo injerencias si tienen fundamento constitucional, si hay razones objetivas que hagan quebrar la intimidad privada. Así el principal alegato justificador de la quiebra del secreto bancario es la necesidad de obtener medios dinerarios para cumplir sus funciones, pues no debemos olvidar que el Estado ha de actuar como Estado fiscal. Es un postulado básico para el Estado de Derecho la idea de que la justicia tributaria ha de abarcar tanto los aspectos materiales y formales del tributo, como la realización y correcta aplicación de la misma (facultades de comprobación e investigación). Así pues, el interés público de realización de la prestación tributaria está constitucionalmente protegido. Existe entonces una contraposición de bienes constitucionalmente protegidos y en consecuencia, la resolución del problema pasa por el establecimiento de unos límites que operan respecto de esos valores. La persona, su libertad y su dignidad como ser humano son el valor supremo del Estado constitucional pero entendido también en el sentido de la esencial sociabilidad de la persona.

En primer lugar es importante reseñar que la construcción es relativamente reciente en su aspecto constitucional, ya que la norma suprema vigente española es de 1978. Tradicionalmente el ordenamiento jurídico español había dispensado una generosa protección al secreto bancario. La Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 establecía la protección directa del secreto bancario frente a la Hacienda Pública (la protección no se articulaba a través de la vía de la intimidad personal, sino de manera directa e inmediata) El secreto bancario era un bien jurídicamente protegido, con independencia de que los datos cubiertos formaran parte o no del ámbito de la intimidad personal. La Ley de 26 de diciembre de 1957 venía a consagrar un régimen de evaluación objetiva para la determinación de bases en el cual no tiene sentido la investigación bancaria (las facultades comprobadoras e investigadoras de la administración tributaria quedaban notoriamente reducidas). Es la Ley de Medidas Urgentes de reforma fiscal de 14 de noviembre de 1977 la que quiebra el principio de secreto bancario, al establecer que las entidades bancarias y crediticias quedaban plenamente sujetas al deber de colaboración al que se refiere el apartado primero, del artículo 111 de la Ley General Tributaria.

En el ámbito del procedimiento inspector, la potestad de información sobre entidades públicas ya estuvo contemplada en el Real Decreto de 30

de marzo de 1926, que estableció las Bases de la Inspección, y la Real Orden de 13 de julio de 1926 por la que se aprobaba el Reglamento de Inspección recogía un mecanismo de obtención de datos tributarios sobre terceros, pero solo del sector público. Fue la Ley de la Inspección de 20 de diciembre de 1952 la que estableció con carácter general la potestad de información sobre terceros, en su artículo 6º, modificado en la Ley de 26 de noviembre de 1957, que llegaba a castigar con multas pecuniarias la resistencia al cumplimiento de este deber.

Este camino será el asumido por la Constitución Española de 1978 y perfilado a través de las instituciones legislativas y los órganos jurisdiccionales operantes en el estado español, conforme pasaremos a exponer.

La potestad de información tributaria sobre terceros se perfila como un instrumento imprescindible al servicio del deber de contribuir consagrado en la Constitución. Algún autor como La Rosa<sup>4</sup> llega a ver su fundamento en el principio de capacidad contributiva. Así, la obligación tributaria no es la única manifestación del deber de contribuir, porque hay otros deberes, los llamados formales, que pueden llegar a suponer una mayor injerencia y un mayor coste económico que la propia obligación principal o de pago y entre ellos se encuentra el deber de suministrar información sobre terceros.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido al respecto claros y terminantes: El Tribunal Constitucional considera que la potestad de la inspección fiscal para obtener información es evidentemente necesaria para el efectivo cumplimiento del deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo<sup>5</sup>. En posterior sentencia<sup>6</sup> incluso afirma que el deber de contribuir implica una situación de sujeción y de colaboración con la Administración Tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos, cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales.

El deber de informar constituye una manifestación del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. Además, la información sobre terceros hace posible la justicia tributaria. Tal y como indica el Tribunal Constitucional<sup>7</sup> «lo que unos no pagan debiendo pagar, tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades para defraudar.»

---

<sup>4</sup> La Rosa, S., *Accertamento Tributario* en Bolletino Tributario número 20, 1986, pág. 1.541.

<sup>5</sup> S.T.C. 110/1984 de 26 de noviembre; Auto 642/86 de 23 de julio; y Auto 76/99 de 19 de noviembre.

<sup>6</sup> S.T.C. 76/90 de 26 de abril.

<sup>7</sup> S.T.C. 110/84 de 26 de noviembre.



Por último, en una novedosa línea de estudio, la profesora Fernández Junquera ha sugerido que el fundamento de la potestad de información sobre terceros podría encontrarse no tanto en el deber de contribuir como en los poderes de los que está dotada la Hacienda Pública para garantizar el cumplimiento de este deber, en tanto en cuanto que la potestad de información sobre terceros se subordina a las facultades de comprobación, investigación y recaudación del tributo.

Es así que la Constitución, y su intérprete supremo, en sus pronunciamientos<sup>8</sup> atribuye potestades a la Administración tributaria hasta el punto de que puede afirmarse que el ejercicio de tal potestad puede justificar limitaciones de los derechos fundamentales. No existe un pronunciamiento explícito al respecto en el texto constitucional, lo que nos llevará a establecer que este tipo de prerrogativas o potestades solo tendrán un fundamento constitucional indirecto en cuanto que constituyan un instrumento al servicio del deber de contribuir, sin que éste implique una situación especial de sujeción que obligase a todos los ciudadanos a cumplir con los mandatos de la administración tributaria.

### Límites a la potestad de información tributaria sobre terceros

Vemos pues que el Tribunal Constitucional acepta que pueda estar autorizando dar datos que aún con contenido económico afectan a la esfera de la intimidad personal de los interesados; pero dice que es posible si así se hace prevalecer el principio de igualdad en el sostenimiento del gasto público. Es en el dilema intimidad personal versus sostenimiento del gasto público que el sistema español parece querer optar por lo segundo; pero no debe de olvidarse que el contenido de lo primero se incluye en el Título I Capítulo II sección Primera de la Carta Magna, y a lo segundo, el constituyente lo ha relegado a la Sección Segunda del mismo Título y Capítulo, con un diferente rango de relevancia y protección constitucional.

La lógica jurídica nos aboca a intentar la compatibilización, sin que quepa la prevalencia del principio de sostenimiento para establecer cualquier tipo de sistema tributario, atribuyendo a la Administración cualquier tipo de discrecionalidad. El deber de contribuir al gasto público ha de ser acomodado al resto del ordenamiento constitucional comprobando en qué medida afecta a la esfera más íntima de la persona, con adecuación al caso concreto y rechazando situaciones que supongan un total predominio de uno de los valores sobre el otro. Del juego de estos valores y

<sup>8</sup> S.T.C. 76/90 de 26 de abril.

principios puede hacerse prevalecer un criterio estricto de defensa de la intimidad que supondría la inoperancia del sistema tributario o un criterio amplio según el cual la esfera de intimidad se supedita al sostenimiento de las cargas públicas. En principio estimamos que la protección de la intimidad personal no es suficiente para funcionar como límite absoluto a la injerencia de la Administración. Y finalmente queremos dejar apuntado que no es el acceso al tipo de dato personal lo que supone el daño a la esfera personal o de intimidad, sino adónde se conduzca o qué uso se haga de él. Y que por principio, cualquier dato al que tenga acceso la administración debería ser protegido o por lo menos tratado con el mayor cuidado.

Por lo relativo a la constitucionalidad del deber de colaboración en el ordenamiento jurídico español, procede en primer término dejar constancia de cuáles son las bases del ordenamiento cuya aplicación al caso concreto se estudiará a continuación. La interdicción de la excesividad opera como límite al ejercicio de las potestades administrativas. Pero en determinados supuestos, la administración puede invadir la esfera de la libre actuación de los particulares. Rigen con carácter general el principio de que la intervención de un bien jurídico y la limitación de la libertad no puede ir más allá de lo que sea necesario para la protección de otro bien o de un interés de mayor peso, para que el inconveniente para el interesado no pueda ser excesivo en relación con los bienes justificados a los que se aspira.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana consideran que se trata de un principio general de Derecho vigente con rango constitucional que vincula al legislador y a los órganos administrativos fundado en el principio del Estado de Derecho, en la esencia misma de los derechos fundamentales que solo pueden quedar limitados en la medida indispensable para proteger los intereses públicos, y en definitiva, en la propia idea de justicia. Ello supone el juego de dos principios: el de necesidad de que el medio usado sea de entre todos el que lleve menos perjuicios al interesado; y el de proporcionalidad, que el medio empleado sea adecuado al fin que pretenda alcanzarse. Para Sichterman<sup>9</sup>, es sumamente importante para la subsistencia del Estado de Derecho la percepción de ingresos tributarios, con lo cual estaría justificado entrar en la esfera de las relaciones de los particulares. Pero se pregunta hasta qué punto es tan importante como para inmiscuirse en este medio. Y concluye que al Estado debiera de bastarle con la colaboración de los particulares. Para Selmer,<sup>10</sup> aunque quepa colaboración del particular si ésta es insuficiente el

<sup>9</sup> Opus cit.

<sup>10</sup> Selmer P., *Steuerrecht und Bankgeheimnis*, Joachim Heitemann verlag Hansischer Gildenverlag, Hamburgo 1981.

Estado legislador y el Estado ejecutivo pueden disponer de otros medios para acceder a la información que necesita. Para saber si la actuación del banco vulnera o no la esfera de intimidad del sujeto, hay que estar al caso concreto, a todas las circunstancias.

La doctrina española argumenta que el levantamiento del secreto bancario es preciso para que se aplique adecuadamente la pretensión tributaria, siempre que se respeten las exigencias de proporcionalidad. Así una pionera sentencia del Tribunal Supremo<sup>11</sup>, estima que la investigación no puede rebasar lo que es propiamente indispensable; cuando la investigación tributaria pasa a afectar a detalles de la vida personal rebasa lo imprescindible para su justificación. Pero no solo en lo referido a datos de la esfera personal; la interdicción de la excesividad también ha de actuar por relación a datos económicos, lo cual quiere decir que la administración no puede hacer uso de sus facultades sin fundamento objetivo para la gestión o liquidación de un tributo o por otros motivos extrajurídicos: la interdicción de la arbitrariedad ha de actuar como un principio propio y autónomo. El Tribunal Constitucional<sup>12</sup> ha justificado el deber de colaborar con la Administración en el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y de la carga tributaria. Y no solo es un deber para el sujeto pasivo, sino también a quienes puedan prestar una ayuda relevante a estos efectos.

Puede encontrarse un alternativo fundamento constitucional en el artículo 102: «la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». La construcción de la administración al servicio de los intereses generales excluye la posibilidad de crear una administración solo con fines tributarios y fiscales. Dentro de los intereses generales debe incluirse el interés en la realización de la pretensión tributaria y el interés del particular en no ser limitado en su esfera personal y patrimonial. Es decir, que a mayores del reconocimiento legal de las potestades de la administración ha de unirse el ejercicio de las facultades en forma legal.

Los límites existentes en relación al ejercicio de esta potestad se configuran desde la óptica de los derechos fundamentales y libertades públicas, siendo de necesaria referencia el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio. El artículo 18 de la C.E. ha sido invocado repetidamente como límite a la potestad de información. El Tribunal Constitucional ha reconocido que la actuación inspectora puede en algunas ocasiones a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de cuentas bancarias

<sup>11</sup> S.T.S. de 11 de julio de 1.983 Az. 4005/83.

<sup>12</sup> S.T.C. 110/1984 de 26 de noviembre.



interferir en aspectos concretos del derecho a intimidad, pero tales injerencias no pueden calificarse como arbitrarias siempre que aparezcan justificadas por la finalidad de la inspección.

Un primer problema que se plantea es necesariamente acotar si las personas jurídicas poseen derecho a la intimidad. En sentencia de la Audiencia Nacional<sup>13</sup> se establece que la persona jurídica como tal, no puede alegar intimidad alguna frente a la administración tributaria: su intimidad son solo sus libros y sus cuentas que han de estar siempre a disposición de la Inspección. Por posterior Auto<sup>14</sup>, el Tribunal Constitucional se posiciona al respecto, indicando que «el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la C.E. por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará en su caso protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada.»

Posteriormente<sup>15</sup>, el Tribunal Constitucional matiza estas consideraciones, al indicar que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la intimidad pero «sí de una cierta reserva acerca de sus actividades en los términos que señale la Ley». Y tales actividades no solo se reflejan en los libros y en las cuentas que según el artículo 142 de la L.G.T. han de estar a disposición de la administración tributaria, sino también en otros escritos o incluso en datos que carecen de soporte documental. Así se explica que el Tribunal Constitucional sí reconozca en esta sentencia el derecho a la inviolabilidad de domicilio «como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona».

La delimitación objetiva de este derecho nos aboca a recuperar la expuesta teoría alemana sobre las esferas de protección. Partiremos de los criterios contenidos en Auto del Tribunal Constitucional<sup>16</sup>, en cuanto que «si no hay duda de que, en principio los datos relativos a la situación económica de una persona, y entre ellos los que tiene su reflejo en las operaciones bancarias en las que figura como titular, entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida, no puede haberla tampoco en que la Administración está habilitada, también desde el plano constitucional, para exigir determinados datos relativos a la situación económica de los contribuyentes.

<sup>13</sup> S.A.N. de 15 de noviembre de 1990.

<sup>14</sup> Auto 272/85 de 17 de abril.

<sup>15</sup> S.T.C. 137/85 de 17 de octubre.

<sup>16</sup> Auto 642/86 de 23 de julio.

Los datos económicos se encuentran en principio en la esfera menos protegida, e incluso fuera del ámbito de la intimidad. Así, el Tribunal Supremo<sup>17</sup> considera que la declaración anual de operaciones que deben de presentar empresarios y profesional no afecta el ámbito protegido de artículo 18.º de la C.E.; tampoco vulneraría el derecho a la intimidad la investigación de las operaciones activas y pasivas de un contribuyente, indicando el Tribunal Constitucional que cuando solo se exige la causa genérica de cada partida pero no su causa concreta, los datos en sí no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente.

La Audiencia Nacional<sup>18</sup> refiriéndose a pólizas de seguro de prima única considera que «aún en el supuesto de que la información sobre esos datos rozase el derecho a la intimidad, hay que tener en cuenta que los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución no son absolutos» y que pueden estar limitados por otros principios constitucionales como el deber de contribuir. En posterior Sentencia<sup>19</sup>, referida a los titulares de tarjetas de crédito oro, la Audiencia Nacional considera que suministrar su listado a la AEAT «no afecta para nada a la intimidad»; y la Resolución de 20 de diciembre de 1.990, el T.E.A.C. ha considerado que el suministro de determinados datos en relación a cesiones o transferencias de créditos y cesiones temporales de activos (como identificación del cesionario, fecha del contrato de cesión, importe nominal del activo cedido, importe efectivo de la cesión, fecha del vencimiento del activo cedido, fecha de la cancelación o importe efectivo de la cancelación) no afecta en absoluto al derecho a la intimidad.

Es esta una postura maximalista, ya que de considerar que efectivamente el suministro de tales datos no afecta a la intimidad de la persona supone haber eliminado el concepto mismo de intimidad; y considerar que no procede en absoluto facilitar tales datos, en aras del derecho de la intimidad personal, supondría el negar la esencia misma de las actuaciones inspectoras. Y es que una cosa es que la inspección pueda tener acceso a tales datos por exigirlo los intereses públicos, y otra cosa que no afecten para nada al derecho a la intimidad. Forman parte de la esfera más exterior de la intimidad y están dotados de una protección, aunque sea mínima, cual es el especial deber de sigilo al que están obligadas las autoridades y funcionarios que tenga conocimiento de estos datos. Este deber de sigilo se fundamenta tanto en la operatividad de la actuación inspectora cuanto en el derecho del inspeccionado de que los datos obtenidos no pasen a ser de general conocimiento. Por tales causas, los da-

<sup>17</sup> S.T.S. de 23 de octubre de 1987.

<sup>18</sup> Auto de 26 de junio de 1988 y Auto de 19 de julio de 1989.

<sup>19</sup> S.A.N. de 19 de mayo de 1990.

tos cubiertos por el deber de sigilo exceden del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida.

En ocasiones, los datos económicos afectan más directamente a la intimidad, pero sin alcanzar su núcleo esencial. En tales casos, la Audiencia Nacional<sup>20</sup>, entiende que este supuesto aparece previsto por el artículo 111.5 de la Ley General Tributaria en relación con el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo de Protección Civil al Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De conformidad a tal disposición legal, «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley». Y según el artículo 111.5 de la L.G.T. a tales efectos se considerará autoridad competente al Ministro de Economía y Hacienda, a los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a sus Delegados territoriales. El Tribunal Supremo<sup>21</sup> ha indicado que «el artículo 111.3 de la L.G.T. garantiza aquellos datos o informaciones que afectan a la intimidad o privacidad de las personas es decir, a aquellos que los sujetos pasivos no están obligados a incluir en sus declaraciones y que en justa correspondencia, los bancos y entidades de crédito deben facilitar a la Administración Tributaria, pero previo cumplimiento por ésta de los requisitos y garantías procedimentales establecidos en el artículo 111.3 de la L.G.T. Datos que son esencialmente los movimientos de las cuentas activas y pasivas, porque reflejan el día a día de los que la persona hace –actuaciones filantrópicas, gastos personales, vida social, financiación de partidos políticos, conducta íntima etc– por ello, aún respetando las garantías procedimentales exigidas por el artículo 111.3 de la L.G.T. la Administración Tributaria solo tiene derecho a conocer la causa inmediata o genérica de los abonos o cargos, pero no su causa remota o específica.»

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en Sentencia de quince de marzo de 1990, estima que si los datos requeridos, aunque sean económicos afectan en cierta medida a la esfera de la intimidad y el requerimiento resulta arbitrario por cualquier otro motivo, pueden ser impugnados a través del procedimiento especial de protección jurisdiccional, actualmente previsto en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Acude el Tribunal Valenciano a los argumentos del Tribunal Constitucional<sup>22</sup>, según la cual el artículo 18 de la C.E. prohíbe las injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales.

---

<sup>20</sup> S.A.N. de 25 de noviembre de 1990.

<sup>21</sup> S.T.S. de 29 de marzo de 1999 Az 3573/1999.

<sup>22</sup> S.T.C. 110/84 de 26 de noviembre.



Además, existe jurisprudencialmente reconocida una esfera de intimidad máximamente protegida, que ni siquiera puede ceder ante el deber de contribuir. Así el Tribunal Supremo<sup>23</sup>, se precisa que siempre es posible encontrar una forma para que los médicos puedan informar a la administración tributaria con motivo de una comprobación de su propia situación tributaria sin revelar datos de sus pacientes de carácter privado no patrimonial; y lo mismo hay que decir sobre proporcionar información a la administración respecto de terceras personas sin necesidad de revelar datos de tal naturaleza que vulneran los derechos de éstas últimas a su intimidad personal y familiar, o de respecto de su propia imagen, lo cual puede conseguirse sin hacer una descripción de la operación.

Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo<sup>24</sup> estima que no atenta en principio al derecho a la intimidad personal el que se excluya del secreto profesional de los médicos la identidad de sus clientes y mucho menos los datos relativos a los honorarios satisfechos. El Tribunal Económico Administrativo Central<sup>25</sup> acoge esta postura al indicar que el secreto médico es una modalidad del secreto profesional, un medio para proteger los derechos fundamentales. Pero no un derecho fundamental en sí mismo, sino un deber enderezado a evitar intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la L.O. 1/1982, cuyas limitaciones en orden a la obligación de facilitar a la administración tributaria datos relativos a la identidad de los clientes y a los honorarios percibidos por la actividad profesional prestada a los mismos, no afectan ni vulneran el contenido esencial del derecho a la intimidad. En el expediente en cuestión la información solicitada hace referencia únicamente a la identificación de los médicos por cuenta o encargo de los cuales se hayan realizado las pruebas a los clientes que aparecen individualizados en los libros registros de entrada de pacientes, pero no se hace referencia al tipo de exploraciones, diagnóstico, tratamiento o intervenciones que puedan orientar la naturaleza del padecimiento que ha motivado la actuación profesional, por lo que no existe ni violación del secreto profesional, ni de la intimidad de las personas sobre las que se suministra información. Luego *sensu* contrario se determina cual es la esfera de protección en la que no es factible suministrar datos so pena de afectar a su esfera de intimidad personal de forma irreparable. Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 6 de marzo de 1989 apunta que es contrario a la intimidad que en las facturas expedidas por los médicos se refleje el servicio prestado.

<sup>23</sup> S.T.S. de 6 de marzo de 1989 Az 2177/89

<sup>24</sup> S.T.S. de 2 de julio de 1991

<sup>25</sup> Res. T.E.A.C. de 10 de junio de 1988

La cuestión más importante suscitada en el ámbito de actuación reside en la finalidad a que esté dirigida el establecimiento de este deber que se concreta en la exigencia de que la información que se pueda recabar tenga trascendencia tributaria. La jurisprudencia ha centrado su atención en el requisito de la trascendencia tributaria de modo que ha exigido un nexo entre la exigencia de ese deber y la citada finalidad, encontrando en este sede especial aplicación el principio de proporcionalidad de los medios en relación con los fines. Desde la especial caracterización de este principio atribuida por la S.T.C. 62/1982, la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>26</sup> ha sido constante en la exigencia mencionada. Los datos solicitados o en conjunto de ellos exigibles desde la perspectiva de este deber tienen que tener como común denominador el ser susceptibles de generar consecuencias jurídicas en el ámbito tributario y por tanto *han de estar o ser proporcionados a los resultados que pueden producir en el referido procedimiento y tienen un carácter instrumental respecto de la exacción... que tales proporcionalidad y carácter instrumental entre lo solicitado por la Administración y las consecuencias realizadas en el ámbito tributario hayan de producirse exigen que se dé, entre ambas, un nexo causal que no tiene porqué conducir exclusivamente a algún hecho imponible... siendo suficiente que razonablemente pueda pensarse en la existencia de una obligación tributaria.*<sup>27</sup>

Otro derecho contrapuesto o que pudiera resultar afectado por el deber de colaboraciones es el de *la inviolabilidad de domicilio*.

Nuestra Constitución lo reconoce expresamente en el artículo 18.2. Su atribución como derecho de las personas físicas ha resultado indubitable. No ha sido así siempre en lo que atañe a las personas jurídicas. La conceptualización llevada a cabo por el Tribunal Constitucional ha superado diversas fases, desde sus primeros Autos<sup>28</sup> hasta la capital sentencia 137/85, en la que el Tribunal Constitucional reconoció el derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad de domicilio, al señalar que la Constitución Española no lo circunscribe a las personas físicas, «siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la C.E.» Esta sentencia abordaba el problema de la constitucionalidad de la entrada en un domicilio de un deudor tributario para practicar el correspondiente embargo. Indicando el Tribunal<sup>29</sup> que «la li-

<sup>26</sup> S.T.S. de 28 de diciembre de 1981; 2 de julio de 1982; 20 de septiembre de 1983 y 2 de mayo de 1984.

<sup>27</sup> Res. T.E.A.C. de 23 de septiembre de 1987.

<sup>28</sup> Auto del Tribunal Constitucional 272/85.

<sup>29</sup> S.T.C. 137/85 de 17 de octubre



bertad de domicilio se califica como un reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo».

Ya 1984 el Tribunal Constitucional<sup>30</sup> señalaba que la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución Española no coincide plenamente con el que se maneja en el derecho privado y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Señalando que la protección constitucional del domicilio es una protección instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio del artículo 18.2 de la C.E. y la que impone el deber y garantía del ámbito de privacidad.

En la hasta ahora más reciente sentencia del Tribunal Constitucional<sup>31</sup> al respecto se ha señalado que la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas, solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que pueda desarrollar sin intromisiones ajenas su actividad, bien por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida privada de las sociedades. Se adopta una postura matizada, de derechos fundamentales «debilitados» que permite reconocer la protección del domicilio de las personas jurídicas, pero marcando diferencias con la protección de las personas físicas.

Pero ni la Ley General Tributaria ni mucho menos el Reglamento General de la Inspección respetan esta doctrina ya que solo exigen autorización judicial en el caso de las personas físicas. Así, el artículo 141.2 de la L.G.T. señala que si el dueño o morador de la finca o edificio o la persona bajo cuya custodia se hallare el mismo se opusieren a la entrada de los inspectores, no podrán llevar a cabo éstos su reconocimiento sin la previa autorización escrita del delegado o subdelegado de la A.E.A.T. Y por su parte, el artículo 39 del Reglamento de Inspección de los Tributos establece que cuando la actuación inspectora pretenda la entrada en el domicilio particular de una persona física, será precisa la obtención del oportuno mandamiento judicial si no mediare el consentimiento del interesado. En el ámbito del procedimiento de Recaudación, el artículo 130 de la L.G.T.

<sup>30</sup> S.T.C. 22/84.


<sup>31</sup> S.T.C. 69/99 de 26 de abril.



---

exige de mandamiento judicial con independencia de que se tratare de una persona física o jurídica para la entrada en el domicilio del deudor, bien sea para la realización de una traba o para la obtención de información, entrando en el domicilio de un tercero ajeno a la relación tributaria.

En la actualidad, resulta a nuestro juicio de aplicación el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada «cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.»

Finalmente operan como límites al derecho de información sobre terceros tanto el secreto de las comunicaciones, como el secreto profesional y el principio de igualdad en la actuación inspectora. Su estudio desbordaría los límites de estas notas por lo que únicamente los dejamos apuntados. 



XURISPRUDENCIA





# ACTOS URBANÍSTICOS SUJETOS A LICENCIA: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

**Pablo González Mariñas**

Profesor titular de Derecho Administrativo.  
Universidad de Santiago de Compostela

**Javier Álvarez Barbeito**

Funcionario da Xunta de Galicia

## 1. La licencia urbanística: Concepto, naturaleza jurídica y caracteres

La licencia continúa siendo en nuestro Derecho urbanístico la pieza clave de la realización de las previsiones del planeamiento para todos los actos que signifiquen una transformación material del suelo o del espacio. Pero ello no supone que sea la pieza única para abordar dichas previsiones, pues no se puede olvidar que, en ocasiones, la transformación material del espacio se apoya en otros actos administrativos habilitantes.

Razones de muy diversa índole pueden determinar la necesidad de otras cuya competencia para otorgarlas puede ser atribuida a la misma Administración municipal o a otra Administración Pública (estatal o autonómica).

Unas veces es la calificación del suelo la que determina la obligatoriedad de obtener otras autorizaciones o una licencia sujeta al régimen del suelo. Otras veces será el tipo de actividad al que se destina la edificación lo que puede determinar esas otras autorizaciones especiales, como

las calificadas de molestas, insalubres y peligrosas (S.T.S. de 27 de marzo de 1996 -Ar. 2551-)¹.

En principio, los actos de edificación y uso del suelo, desde la parcelación a la construcción y de las obras de reforma al derribo, están sujetos al deber de solicitar licencia urbanística. Sin embargo, la interpretación que realiza a sensu contrario el T.S. respecto del artículo (actualmente vigente por mor de la S.T.C. 61/1997) 178.1. de la LS, excluye del deber de licencia «las obras que, por su naturaleza, alcance y extensión sobrepasan, desde un punto de vista objetivo, la materia estricta del urbanismo local». Estando concedida la intervención municipal en función del control de la legalidad urbanística, es obvio que, en el supuesto contemplado la postura eximente de la misma se refuerza de manera notable si su exigencia es exclusivamente formalista o alejada de todo propósito de control de legalidad material (STS de 28 de octubre de 1984).

En consecuencia, entiende el Alto Tribunal que existen tipos de obras que exceden del urbanismo local y que entran en el campo de la ordenación del territorio, concepto distinto del ahora tratado.

Las licencias urbanísticas, exigidas para la realización de los actos anteriormente indicados, han sido configuradas por la jurisprudencia como actos administrativos que se limitan a verificar si concurren las condiciones previstas en el ordenamiento urbanístico, a fin de que pueda ejercitarse el derecho de propiedad². Se presupone, por tanto, la existencia de un derecho, si bien su ejercicio se ajusta a esa verificación previa del cumplimiento de los requisitos exigidos para su válido ejercicio³.

¹ González Pérez, Jesús: «Comentarios a la ley de ordenación de la edificación», Madrid, 2000, pág. 138-139.

² González Pérez, Jesús: «Nuevo régimen de la licencias de urbanismo», Madrid, 1991, pág. 83.

³ Esta doctrina se contempla en reiterada jurisprudencia, de la que se extrae lo expresado, respectivamente, en las Sentencias de 7 de octubre de 1988 (Ponente: Sr. Bruguera -Ar. 7444) y 5 de febrero de 1996 (Ponente: Sr. Garzón Herrero, La Ley, 1996, 3778).

«...la licencia es un acto administrativo que no confiere derechos, sino que se limita a otorgar autorización para realizar un acto permitido, con vistas a controlar si se cumplen o no las condiciones requeridas por normas urbanísticas preexistentes, disposiciones a las que los Ayuntamientos habrán de ajustarse el doble sentido de tener que denegar las licencias de obras que se opongan a tales disposiciones y tener que conceder las que a las mismas se acomoden...».

«...mediante el otorgamiento de la licencia urbanística la Administración se limita a comprobar si el solicitante ostenta el derecho, cuyo ejercicio, en el plano urbanístico, pretende. Por tanto, la actividad administrativa comporta un doble control, primeramente, se impide el ejercicio puramente voluntario de cualquier derecho; en segundo lugar, se comprueba si el derecho cuyo ejercicio se pretende es realmente existente, más exactamente, preexistente...».

Una de las instituciones con más solera en el Derecho administrativo es la de la autorización, entendida como *genus*. Y como tal la licencia constituye una especie caracterizada por ser el otorgante una Administración local y, más concretamente, la municipal.

Si la licencia se concibe como una autorización, parece obvio un breve pero imprescindible análisis de lo que Muñoz Machado denomina el concepto clásico de autorización. De una parte, la autorización será un acto administrativo cuyo efecto es el levantamiento de la prohibición que se había establecido para el ejercicio de determinada actividad. Por otro lado, se parte de la existencia de un propio derecho subjetivo del particular, cuyo desenvolvimiento se ve impedido hasta que la autorización lo restablece en su plenitud.

De entre las autorizaciones existentes, quizá sean las licencias las que, en mayor medida, sigan respondiendo al esquema clásico (como se verá, su carácter reglado permite hablar así). Por tanto, la licencia urbanística se encuadra en la categoría genérica de las limitaciones administrativas de derechos, constituyendo uno de los supuestos más genuinos de aplicación de la técnica autorizatoria: remoción de una prohibición legal de ejercicio de un derecho subjetivo perfecto impuesta por la necesidad de contrastar previamente que dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho según la ordenación urbanística.

Los caracteres que presenta la licencia en cuanto autorización son los siguientes:

1. Presuponen un derecho subjetivo cuyo ejercicio esta condicionado a la licencia: Las licencias urbanísticas exigidas para realizar los actos de edificación se han venido configurando en la jurisprudencia como actos administrativos que se limitan a verificar si concurren las condiciones previstas en el Ordenamiento urbanístico, a fin de que puedan ejercitarse las facultades que integran el derecho de propiedad. Se presupone, por tanto, la existencia de un derecho, si bien su ejercicio se ajusta a esta verificación previa del cumplimiento de los requisitos exigidos par su válido ejercicio. Doctrina que se reitera en la jurisprudencia, de la que son ejemplo las siguientes sentencias<sup>4</sup>: S.T.S. De 20 de diciembre de 1991 (Ponente: Sr. Delgado Barrio. Ar. 315), S.T.S. de 4 de abril de 1991 (Ponente: Sr. Delgado Barrio. Ar. 3286) y S.T.S. de 8 de junio de 1999 (Ponente: Sr. Sanz Bayón).
2. Es un acto reglado: se otorgará o denegará según que el acto previsto se ajuste o no a la normativa de aplicación. Como dice la S. de 11 de mayo de 1999 (Ar. 3895): «Como es de sobra conocido, toda licencia urbanística no es sino un acto administrativo de carácter re-

<sup>4</sup> González Pérez, Jesús, «Comentarios a la ley de ordenación...», op. cit., págs. 146-148.



glado, en virtud del cual el ayuntamiento respectivo declara un derecho previamente existente, limitándose a controlar la conformidad del contenido de la licencia solicitada con la legalidad urbanística aplicable». Este carácter que rodea el otorgamiento o denegación de la licencia urbanística ha sido sancionado desde siempre como tal por la jurisprudencia de manera que en la actualidad no existen posiciones contradictorias<sup>5</sup>.

3. Su único objetivo es el control específico de la legalidad del acto previsto, sin perjuicio del sujeto que solicita la autorización y de sus circunstancias personales.

4. El control de la legalidad que prevé es meramente declarativo de la licitud del acto proyectado y es, por tanto, reiterable<sup>6</sup>.

5. No crea vínculo estable entre la Administración otorgante de la autorización y el sujeto beneficiario de la misma.

De los caracteres señalados el que ha sido tratado jurisprudencialmente con mayor profusión es, sin lugar a dudas, el primero de ellos.

Desde luego, la práctica de las relaciones con la Administración municipal no desconoce la figura del condicionamiento de licencias: la subordinación de licitud de la edificación a la cesión de los bajos o su uso para determinados fines; la exigencia de actuaciones cualesquiera para la consecución y el mantenimiento de la vigencia de una licencia de apertura constituyen, entre otros, ejemplos de determinaciones accesorias de la voluntad que acompañan al acto autorizatorio municipal. Es ésta una de las manifestaciones más claras y conflictivas de la adición de cláusulas voluntarias a los actos reglados. Pero es, al tiempo, por completo usual y con frecuencia práctica abusiva<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> La Sentencia del T. S. de 9 de octubre de 1990 (Ponente: Sr. Delgado Barrio, La Ley, 1991, 3255) es un fiel exponente de lo expuesto:

«La licencia urbanística es un acto administrativo de naturaleza reglada, mediante el cual la Administración actúa con un control preventivo sobre la actividad de los administrados para asegurar que el aprovechamiento de los terrenos que se pretende llevar a cabo se ajusta a la Ordenación urbanística; queda, pues, claro que el ejercicio a través de la licencia es un control de legalidad, pero no de la legalidad en general, sino exclusivamente de la urbanística, según se deriva de la dicción de los artículos 178.2 LS y 3.1 RDis.Urb. 2178/1978, de 13 de junio, que prescriben que las licencias se otorgarán de acuerdo con las provisiones de la LS, de los Planes de Ordenación Urbana y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento».

<sup>6</sup> El TS ha establecido reiteradamente (Ss. de 12 de febrero de 1980 y de 28 de abril de 1981) que la posibilidad de reiterar la petición es admisible.

<sup>7</sup> González Mariñas, Pablo. «Una nueva perspectiva jurídico-pública, para el estudio de las cláusulas voluntarias del acto administrativo», en libro homenaje al Profesor VILLAR PALASÍ; Civitas, 1989; págs. 517 y ss.

La actual complejidad de lo que debe entenderse por «autorización» se debe, en gran medida, a las normas delimitadoras de su objeto, las cuales utilizan términos cada vez más ambivalentes y, a menudo, conceptos jurídicos indeterminados; fenómeno que afecta a las normas y no a sus consecuencias jurídicas; esto es, la potestad autorizante sigue siendo reglada en su ejercicio y en el contenido de lo autorizado. En tal sentido debe entenderse el vetusto artículo 16.1 RSCL («las licencias quedarán sin efecto si se incumplen las condiciones a que estuvieren subordinadas») como alusivo a las *conditiones iuris* que, como se sabe, no son propiamente condiciones en la acepción de «suceso futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia jurídica de un acto»<sup>8</sup>.

A este respecto, es evidente que opera con todo su vigor el principio de legalidad previsto en el artículo 103.1 de la CE: el sometimiento pleno a la ley y al derecho en la actuación de la Administración. Cuestión distinta, claro está, es que el ordenamiento utilice conceptos jurídicos indeterminados, como se ha dicho, y también que el mismo esté formado por una cascada de disposiciones en cuyo eslabón inferior se encuentren normas municipales (ordenanzas y planes) emitidas, por tanto, por el mismo Ente llamado a conceder o denegar la licencia.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha formulado una reiterada jurisprudencia que ha proclamado insistentemente, como se ha dicho, que las licencias municipales no son actos discrecionales, sino reglados y que dicho carácter no afecta únicamente al acto de otorgamiento, sino también al contenido de las mismas. Los inicios fueron titubeantes, dejando entrever esta línea de fondo aunque sin pronunciarse decididamente por ella. La STS de 28 de diciembre de 1981 (Ar. 5457) se refiere a una licencia de obras y señala lo siguiente:

«La viabilidad jurídica que este Tribunal reconoce en el establecimiento de condiciones o modos en tales actos de autorización, en su Sentencias de 23 de mayo de 1961, 9 de junio y 22 de diciembre de 1978, 23 de noviembre de 1979, 11 de junio de 1980 y 27 de febrero de 1981, considerándolas como cláusulas legítimas de las licencias o declaraciones de voluntad que no contradicen, sino que más bien aplican las previsiones y habilitaciones de la ordenación urbanística –Sentencia de 19 de enero 1976, no incompatibles con el carácter reglado de las mismas ni con el derecho del particular a obtenerlas –Sentencia de 5 de noviembre de 1979».

Aunque el TS utiliza el término «condición», resulta claro que su sentido es singular:

«El condicionamiento de los efectos de la licencia a la presentación de un proyecto técnico adecuado en el que se recogen con exactitud la superficie del solar y la volumetría autorizada por las ordenanzas, equivale a una con-

<sup>8</sup> Muñoz Machado, S. «Tratado...», op. cit., pág. 1190.

fesión de su incapacidad para atribuir derechos subjetivos a la sociedad interesada».

Sin entrar en la exégesis de este último inciso, procede recordar otras precisiones del fallo que se orientan en idéntica línea:

«Al tiempo de concederse la licencia ha de conocerse el modo cómo se proyecta edificar y la total conformidad de la obra con la referida normativa, que es la única manera como la ejecución de la obra se adapte a lo proyectado y a la licencia y ambas cosas al régimen legal, y así vino a entenderlo, precisamente, el acuerdo suspendido al incluir la condición suspensiva de que se aporta el proyecto, pero incidiendo al otorgar aquélla en una primera infracción manifiesta por no comprobar previamente que lo pretendido construir o el modo de llevarlo a cabo se atemperaba de una manera total al ordenamiento aplicable por falta de un elemento tan sustancial como el proyecto en cuestión».

Resulta, pues, bastante claro que, más que una licencia sometida a condición suspensiva, se trata de una figura similar a la prevista en el artículo 71 de la LRJPAC, demostrativa de su espíritu antiformalista<sup>9</sup>. Esto es, desde el punto de vista de la Administración, un requerimiento para subsanación de la falta o acompañamiento de los documentos preceptivos, y desde el punto de vista del administrado, una carga de hacer correlativa. En ningún caso, por tanto, nada que constituya con rigor una condición<sup>10</sup>.

Ante la confusión reinante era absolutamente imprescindible fijar definitivamente el carácter de la licencia, lo cual se consigue a través de la Sentencia de 29 de mayo de 1984 (Ar. 3149), que acierta a explicar la línea que en anteriores sentencias tan sólo se vislumbraba con esfuerzo:

«Que en el examen de la legalidad de las condiciones segunda y tercera de dicho acuerdo ha de tenerse presente que una reiterada y constante jurisprudencia ha venido proclamando insistentemente que las licencias municipales no son actos discrecionales, sino reglados; que no sólo es reglado el acto de la concesión, sino también el contenido de las mismas; que la licencia como técnica de control de una determinada normativa no puede desnaturalizarse y convertirse en medio de conseguir, fuera de los cauces legítimos, un objetivo distinto; que aunque es válido que las licencias se otorguen sujetas a determinadas condiciones en el sentido de *condictio iuris*, en base al artículo 16.1 del RSCL, las referidas condiciones no pueden ser discrecionales, y que, en definitiva, la licencia debe ser concedida o denegada en función de la legalidad vigente, sin que puedan exigirse otros requisitos o condicionamientos distintos de los que aparecen autorizados por dicha legalidad –Sentencias de 3 de marzo de 1975, 19 de enero de

<sup>9</sup> González Pérez, J. «Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo»; Civitas, 1989. Pág. 541.

<sup>10</sup> Muñoz Machado, S. «Tratado...», op. cit., pág. 1193.



1976, 19 de junio de 1979, 10 de enero de 1980, 14 de mayo y 15 de junio de 1981-».

En esta misma línea se dictaron numerosas sentencias, entre las que cabe destacar las de 8 de julio de 1989 (Ponente: Sr. Reyes Monterreal, Ar. 5591), 4 de enero de 1990 (Ponente: Sr. Esteban Alamo, Ar. 320) y 17 de abril de 1990 (Ponente: Sr. García Estartus, Ar. 3649).

En definitiva, la potestad autorizatoria tiene como objetivo, únicamente, verificar que la actividad autorizada se acomoda a lo dispuesto por las normas, constituyendo cualquier otro fin de la licencia una infracción del ordenamiento susceptible de impugnación.

## 2. Régimen urbanístico aplicable

La norma vigente determina que las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y del planeamiento urbanístico (art 168.2 L.S.G ). La redacción de este precepto plantea la cuestión de si el régimen urbanístico aplicable es el vigente al tiempo de formularse la solicitud o en el momento de otorgarse la licencia. La jurisprudencia ha sido vacilante. Por una parte, ha afirmado que la licencia debe ajustarse, por regla general, a los Planes y Ordenanzas vigentes al tiempo de formularse su solicitud:

«En aplicación del principio *tempus regit actum*, lo que ha tenido que determinar la jurisprudencia es el acto, y su momento, que sirviera de punto de atracción de la planificación aplicable, lo que ha sido resuelto por la misma a base del momento en que la solicitud de licencia sea presentada ante la administración competente, como doctrina generalizada y de más larga permanencia (Cfr. TS SS 12 de junio de 1972, 4 de junio de 1975, 24 de febrero de 1978, 22 de diciembre de 1980 y 30 de junio de 1987)». -Sentencia de 30 de marzo de 1992.-Ponente. Sr. Martín del Burgo Merchán, La Ley 1992, 4877-;

aunque, y como excepción a la regla general, la misma Sentencia citada prosigue en los términos siguientes:

«Si bien la misma ha sufrido los efectos de la matización establecida por la TS Sala Especial de Revisión, en el sentido de aplicar la normativa vigente en el momento de resolver la Administración, si esto se produce en tiempo normal o, como ha puntualizado alguna sentencia, en el plazo indicado en el artículo 9 RSCL».

De acuerdo con lo dispuesto en última instancia, cuando entre la fecha de petición de la licencia y la de resolución del expediente entra en vigor o incide una modificación o una nueva normativa urbanística que implique alteración del anterior planeamiento referida a los terrenos co-

respondientes a la licencia solicitada, incompatible con la construcción proyectada, la norma aplicable será la vigente en el momento de resolver, siendo en ese momento cuando se ha de determinar si la construcción es o no incompatible con la nueva ordenación.

Otro aspecto decisivo para determinar el régimen aplicable se resalta en la Sentencia de 29 de junio de 1993 –La Ley, 1993.5, 7737–, al declarar que la esencial diferenciación entre las situaciones relativas a la concesión de licencias de nuevas construcciones está determinada por la actuación de la Administración o su falta de pronunciamiento sobre lo solicitado, dentro de los plazos que está obligada a observar por las normas aplicables, que en la concesión de esta clase de licencias están previstos en el artículo 168.4 de la L.S.G. (178.3 LS). Así, si la Administración resuelve dentro de los plazos señalados por dicha norma, cumpliendo sin dilaciones que puedan causar perjuicios a quienes solicitan su intervención, la normativa aplicable para la concesión o denegación de la licencia es la vigente en el momento de dictarse la resolución, pues una vez aprobados definitivamente los Planes de Ordenación Urbana y sus ordenanzas, y publicados en la forma que se exige por la Ley, su observancia es obligatoria tanto para la Administración como para los administrados. Por el contrario, si la Administración infringe el deber de resolver en los plazos marcados, deja transcurrir el tiempo sin actuar conforme a la normativa aplicable en esos momentos, no puede aplicarse la posibilidad antes apuntada, ya que ello sería tanto como permitir una suspensión indefinida en la concesión de la licencia, conculcando los derechos de los administrados. Por esta razón la norma aplicable en estos casos será la vigente en el momento de la presentación de la solicitud. Fiel reflejo de esta posición jurisprudencial resulta la Sentencia de 23 de febrero de 1993 –Ponente: Sr. Pastor López, La Ley, 1993.5, 6518–:

«El control que la licencia urbanística supone exige un cierto lapso de tiempo entre la solicitud del administrado y el pronunciamiento de la Administración y, como quiera que entre tanto puede producirse una modificación de la ordenación urbanística, ello entraña la necesidad, al objeto de establecer la que resulta aplicable, de fijar el plazo dentro del cual deben resolverse las peticiones de licencia. A él se refiere el artículo 9 aps. 4.5. y 7 a) RSCL-y, aun cuando su alcance haya sido objeto de discusión, puede concluirse, de acuerdo con la jurisprudencia, que el plazo para el otorgamiento de las licencias de edificación es el de 3 meses a partir de la fecha de solicitud (en razón a los criterios que la LPA –arts.61.1 y 94.1– mantiene en el silencio administrativo negativo, aplicables con mayor razón a los supuestos de silencio positivo), es así que si a la entrada en vigor de la nueva ordenación no han transcurrido los 3 meses indicados, será ésta la aplicable a la solicitud no resuelta y, si aquéllos ya hubieran transcurrido en tal fecha, procederá la aplicación de la normativa vigente al tiempo de la solicitud».

Otro factor significativo para la determinación del régimen aplicable –no previsto en la jurisprudencia citada hasta este momento– se corresponde con la adecuación o no de la solicitud de licencia, tanto en su forma como en su idoneidad técnica, a las previsiones legalmente establecidas. La Sentencia de 2 de febrero de 1982 (Ar. 696) declara que el principio general de sujeción de la actividad administrativa interventora a la legalidad vigente al tiempo de solicitarse la licencia de obras no es absoluto. Requerirá para su aplicación, en primer lugar, que la solicitud presentada se ajuste en su forma y proyecto a las condiciones formales y de idoneidad técnica legalmente establecidas, de tal manera, que si el solicitante enmienda o paraliza el proyecto por propia iniciativa o fueran advertidas deficiencias a subsanar por el peticionario según requerimiento al efecto, la fecha de presentación se desplaza, a los fines considerados, al momento en que resulta completa la documentación y sea suficiente su contenido en orden al pronunciamiento del acto administrativo interventor. Y en segundo lugar, porque una vez alcanzada la complitud de datos referida sobre el proyecto modificado por los peticionarios, la subsiguiente y necesaria información técnica sobre ajuste de esos datos a las determinaciones urbanísticas justifica la dilación producida con respecto al trámite hasta la suspensión de licencias para la zona afectada, con necesidad consecuente de sujetarse ya a la nueva normativa urbanística aplicable a la misma.

### 3. Actos sujetos a licencia

#### 1. Planteamiento general

El ejercicio de actividades reguladas por el Ordenamiento urbanístico se ha sujetado tradicionalmente al control previo de la licencia. El ejercicio válido de la actividad se condiciona a la previa verificación de la adecuación al ordenamiento vigente y consiguiente concesión de licencia. Así, ya la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956 indicaba que «la actividad constructora se somete a intervención administrativa. Es éste precisamente uno de los casos más antiguos de actuación del poder público sobre las facultades dominicales». Y nada más justificado, puesto que, como se ha escrito, la vinculación de los edificios no cabe olvidar que se está construyendo al mismo tiempo a la ciudad. En definitiva, esta intervención administrativa se manifiesta, no sólo en la sujeción a licencia de la actividad constructora, sino, en general, de cualquier otra actividad que comporte uso del suelo en el aspecto urbanístico.

El artículo 168.1 L.S.G. establece la sujeción a licencia de un conjunto de actos de edificación y uso del suelo. Se trata de una enumeración «ampliatoria» respecto de la tradicional en la legislación del Estado y, además,



no se configura como «*numerus clausus*», como así se encarga de remarcarlo, recogiendo reiterada jurisprudencia<sup>11</sup>, el artículo 10.27 del Decreto 28/1999, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley del suelo de Galicia (en adelante RDUG) que finaliza, después de enumerar los actos sujetos a licencia, con la siguiente cláusula general: «Y, en general, el resto de los actos que señalen los planes, las normas o las ordenanzas». La relación de actos sometidos a licencia no es exhaustiva, sino ejemplificativa, sentido en el que se pronuncia González Pérez, indicando a continuación que todo acto de edificación y de uso del suelo, aunque no esté especificado en la enumeración, está sujeto a licencia<sup>12</sup>.

Para delimitar con precisión el concepto de «acto sujeto a licencia» resulta decisivo acotar el concepto de uso urbanístico en atención a la necesidad o no de sujeción a licencia<sup>13</sup>. Para que se trate de la realización de una actividad que necesite licencia ha de implicar un uso urbanístico del suelo o del espacio, conllevando una transformación material de los terrenos o del suelo, y por tanto, no todas las actividades estarán sujetas a licencia. Así estarán excluidas las que impliquen un uso natural, por ejemplo el agrario.

De tal modo se pronuncia la Sentencia del TS de 31 de enero de 1994 (Ar. 503), la cual establece en los Fundamentos de la Sentencia apelada que,

«...Con carácter general, el deber de solicitar y obtener licencia municipal, se refiere sin excepción a todos los actos que signifiquen una transformación material de los terrenos o del suelo, tal y como se recoge en la exposición de motivos del Texto Refundido de la Ley del Suelo; el artículo 178.1 de dicho texto, establece los actos que están sujetos a licencia previa, si bien no con carácter cerrado y taxativo, por el contrario ha de predicarse de aquella redacción su carácter eminentemente enunciativo, por lo que a las actividades citadas es factible añadir cualesquiera otras que impliquen un uso urbanístico del suelo, así el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, amplía la lista del artículo citado, con igual carácter ejemplificativo. De lo dicho se desprende el carácter amplio con que

<sup>11</sup> Sentencia de 25 de septiembre de 1992, Ponente: Sr. Delgado Barrio, LA LEY, 1993-1, 667:

«La enumeración de supuestos en los que resulta necesaria la licencia urbanística aparece en los arts. 178.1 TR LS y 1.18 RD 2187/1978, de 23 de junio (R. de Disciplina Urbanística), los cuales no tienen carácter exhaustivo, pues su condición de *numerus apertus* resulta claramente de la expresión «y los demás actos que señalan los Planes».

<sup>12</sup> González Pérez, Jesús. «Las licencias de urbanismo. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1978.

<sup>13</sup> Quirón Roldán, Antonio y otros. «Estudio-comentario jurisprudencial sobre las licencias urbanísticas». Granada 1997. Págs. 45-47.

nuestro ordenamiento urbanístico contempla la obligación de solicitar licencia, si bien ello no lleva ineludiblemente a considerar que ha de inducirse todo tipo de actividades».

Sin embargo, no podemos dejar de lado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que complementa lo indicado previamente y entiende que el ordenamiento contenido en la Ley del Suelo no se detiene en lo propiamente urbanístico, sino que se extiende a la total disciplina del suelo sobre el que cualquier actividad se verifique, sometiendo la realización de las obras necesarias para la ejecución de actividades industriales a la obtención de la pertinente licencia, sometiendo por tanto a la necesidad de obtención de licencia tanto los actos aislados que tienen que ver con el planeamiento urbanístico, con el uso de utilización del suelo, o el desarrollo continuado y periódico de una actividad industrial (Sentencia del TS de 27 de julio de 1994 –Ar. 5624–).

Por su contenido, los actos enumerados en el artículo 10 R.DUG son de naturaleza bien distinta. Sin entrar en un análisis profundo y pormenorizado de cada uno de los supuestos, pueden clasificarse en dos tipos básicos: de realización de obras y de uso. En la primera de ellas –la realización de obras–, la actividad sujeta a licencia puede ser de diversa naturaleza, según que se trate o no de edificación<sup>14</sup>. En la segunda de las categorías mencionadas anteriormente –de uso– se integran todas aquellas actividades que se refieren al uso del suelo y de las edificaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, resulta necesario hacer un inciso respecto de las obras de *urbanización*. Si la posibilidad de edificar en suelo urbano depende de que el terreno reúna las condiciones exigidas para obtener la condición de solar (art. 70 L.S.G.), existirán, por lo pronto, una serie de obras cuyo objetivo final es, precisamente, la realización de la condición antes apuntada: «las obras de urbanización». Ahora

---

<sup>14</sup> Sentencia del TS de 28 de julio de 1989 (Ponente: Sr. Barrio Iglesias. La Ley 1989-4, 823):

«El art. 178 TR LS (...) expresa de forma ejemplificativa qué actos se encuentran sujetos a la solicitud y obtención de licencia de obras previa, de los que puede inducirse, por ello, que para obtener una regla general de la casuística de este precepto, pero sobre todo de su complementario, el art. 1 RD 2187/1978, de 23 de junio, que sujeta a licencia cualquier construcción o instalación de nueva planta, existen dos notas: la edificación y el uso del suelo, tomando el primer concepto con amplitud, comprensivo de las excavaciones, movimientos de tierra o cualquier obra que afecte al uso del suelo y altere o cambie su estructura, el paisaje o sus características».

Sentencia del TS de 21 de octubre de 1982 (Ar. 6424):

«Los actos sujetos a licencia que establece el art. 178 TR LS son, por su contenido, de naturaleza distinta, pudiendo distinguirse, en una visión simplista, entre actos de realización de obras y actos de usos, y dentro de los primeros, según se trate o no de edificación y, en las segundas, es decir, en las que se trate de edificación, entrarán, entre otras, las parcelaciones urbanas».

bien, en cuanto éstas suponen llevar a la práctica planes de ordenación, se exige como acto legitimador de las mismas un proyecto de urbanización aprobado definitivamente previos los trámites legales oportunos. Las obras de urbanización, por tanto, no están sujetas al régimen de licencia, sino que el Ordenamiento urbanístico las somete a un régimen procedimental con mayores garantías, en cuanto a publicidad de su procedimiento (información pública).

Sólo cuando se han consumado las obras de urbanización y el suelo tiene la condición de solar, podrá otorgarse licencia de edificación. Ahora bien, la norma faculta el otorgamiento de licencia de edificación en un terreno que todavía no tenga la condición de solar cuando «se asegure la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación mediante las garantías que reglamentariamente se determinen». En este supuesto sí será necesaria licencia de edificación y, en consecuencia, al solicitarse la misma deberá presentarse, además del proyecto de edificación, el proyecto de las obras necesarias para completar la urbanización y para que el terreno adquiera la condición de solar.

Una vez apuntados los planteamientos básicos que afectan a los actos sujetos a licencia, se desarrollarán algunos de los más representativos previstos en la normativa vigente.

## 2. Obras distintas a las edificaciones

### 2.1. *Las parcelaciones*

El artículo 10.23 RDUG., incluye entre los actos sujetos a licencia «las parcelaciones urbanísticas». Ahora bien, ¿qué se entiende por parcelación urbana?. En el texto primitivo de la Ley del Suelo de 1956, parcelación venía a ser sinónimo de segregación. De aquí la exigencia de licencia siempre que una finca sujeta a la ordenación de un plan urbanístico experimentase cualquier división o segregación<sup>15</sup>. La reforma de 1975 redujo a sus justos límites el concepto de parcelación y el artículo 94,1, del texto refundido, establecía: «Se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar

<sup>15</sup> Debemos recordar, al respecto de las «parcelaciones rústicas», que, si bien es cierto que la parcelación con fines exclusivamente agrícolas realizada en suelo clasificado como no urbanizable, en cuanto suponga únicamente la división de un finca en proporciones o parcelas mas pequeñas destinadas al cultivo, no debe considerarse incluida entre los actos que el art. 178 LS. No obstante, cuando la parcelación va precedida de unas operaciones de transformación de terreno seco en regadío, cuya transformación ha llevado aparejada importantes labores de explanación y nivelación que exigieron cuantiosos movimientos de tierra y el correspondiente equipamiento eléctrico, entonces los actos realizados están incluidos en el citado art. 168.1 L.S.G. y 178 LS, en cuanto pueden incidir tales obras negativamente en las previsiones del planeamiento, o en el paisaje.



lugar a la constitución de un núcleo de población, en la forma en que éste se defina reglamentariamente»<sup>16</sup>. En esta misma línea, el artículo 172 de la L.S.G. considera como parcelación urbanística, «la división de terrenos en dos o más lotes o porciones con el fin de su urbanización o edificación, ya sea en forma simultánea o sucesiva».

La parcelación es la división de una finca en varias independientes. Cuando la parcelación tiende a constituir un núcleo de población estamos ante la parcelación urbanística<sup>17</sup>. Tanto es así que la parcelación no se puede entender como una división de terrenos en solares, sino más bien en parcelas o unidades aptas para ser transformadas en solares, lo que requiere la obra urbanizadora, que define el plan. De ahí que, como afirma la STS de 22 de diciembre de 1975: «Para que un terreno sea edificable debe ser previamente parcelado en lotes que formen solares».

Sin embargo debemos tener en cuenta que la parcelación no se produce con la simple división física del terreno, sino que se completa con la división jurídica del derecho de propiedad sobre el suelo, de suerte que éste pase a ser material y jurídicamente fincas independientes, sigan o no perteneciendo a un mismo propietario (Sentencia del TS de 24 de diciembre de 1990).

Se considerará ilegal a efectos urbanísticos, toda parcelación contraria a lo establecido en el planeamiento urbanístico que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en la legislación urbanística. Así lo confirma la Sentencia referenciada anteriormente<sup>18</sup>. Así mismo, no podrá efectuarse ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado el planeamiento urbanístico exigible según la clase de suelo de que se trate. Concretamente, la Sentencia del TS de 24 de junio de 1992 estima que:

«... Se hace preciso recordar que la parcelación es una operación técnica de división del suelo que como ejercicio del derecho de propiedad es lícita con arreglo a las normas de Derecho común, pero cuando con estas operaciones de división de finca se puede dar lugar a constituir un núcleo de población, como aquí sucede, la parcelación recibe la calificación de urbanística, definida por la jurisprudencia como operación técnico jurídica sujeta a intervención administrativa, que obliga, además a otros requisitos, a que los Notarios y Registradores de la Propiedad exijan para au-

<sup>16</sup> González Pérez. Jesús, «Nuevo ...», op. cit., pág. 64.

<sup>17</sup> Sentencia de 10 de febrero de 1987, Ponente: Sr. García Ramos-Itrurralde, RAJ, 1987, 2825:

«Si bien toda división de fincas o segregación de porciones de una finca supone la creación de parcelas, no puede sin embargo afirmarse que ello implique una parcelación urbanística, que es la operación que exige licencia, pues para tal calificación se requiere que la división o segregación pueda dar lugar a la creación o constitución de un núcleo de población».

<sup>18</sup> Quirós Roldán, Antonio y otros. «Estudio-comentario...». Op. cit., pág. 147.

torizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que los primeros deberán testificar en el documento. Una parcelación urbanística es ilegal si contraría lo establecido en el Plan, Programa o Norma Urbanística que le sea de aplicación o cuando infringe lo dispuestos en el art. 96 de la Ley del Suelo».

## 2.2. Movimientos de tierra

En la enumeración de actividades sujetas a licencia que hace el artículo 10.7 del R. DUG. también figuran los «movimientos de tierras», respecto de los cuales dispone el art. 21 del RSCL que para su otorgamiento se examinará, además de si el proyecto se ajusta a los planes, si modifica «el relieve del suelo de modo que pueda dificultar el destino previsto en los planes de ordenación o la armonía del paisaje, así como si se cumplen las condiciones técnicas de seguridad o salubridad».

## 2.3. Cerramiento o vallado

También debe recibir un tratamiento independiente como obra distinta de la edificación el cerramiento o vallado que la rodea. Una obra que está sujeta a licencia<sup>19</sup> que, como las demás licencias de urbanismo, no interfiere las relaciones jurídico-privadas. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre la que se puede citar la Sentencia de 23 de mayo de 1985, Ponente: Sr. Botella Taza) sienta la siguiente doctrina general:

«... el derecho que a todo propietario incumbe para cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo, no es más que una manifestación concreta del genérico *ius possidendi* emanado del dominio; se trata, pues, de una facultad que por modo natural y propio corresponde a todo propietario de suelo rústico o urbano; y aunque su ejercicio en cada caso concreto debe someterse a las normas

---

<sup>19</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 1995, Ponente: Sr. Nabal Recio, LA LEY, 1996, 5359:

«En el caso, no puede existir ninguna duda de la necesidad de licencia municipal para vallar un terreno urbano, aunque sea de propiedad particular, integrado en el sistema de espacios libres de la ordenación de manzana, cierre que de alguna manera tiene que afectar además al acceso a los bajos del inmueble y a la perspectiva de la zona ajardinada continua allí existente».

Sentencia de 25 de enero de 1994, Ponente: Sr. Barrio Iglesias, LA LEY, 1994-2, 863):

«En el caso, las características del cierre que se proyectaba era sustituir un vallado antiguo de estacas y alambrada por otro de postes metálicos y tela, también metálica, de un longitud de 1.400 metros lindante con una vía pública, al otro lado de la cual existen diversas edificaciones o chalets, todo ello evidencia, sin lugar a dudas, que su realización constituye un acto sujeto a la previa obtención de licencia municipal, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia, que afirma como acto sujeto a licencia el vallado de fincas, tanto rústicas como urbanas, como actividad y uso del suelo comprendida en la no cerrada enumeración del art. 178 LS».

vigentes sobre intervención administrativa en la actividad privada, es evidente que la licencia municipal para realizar dichas obras de cerramiento no confiere ni otorga tal derecho ni otro alguno, ni interfiere o altera las relaciones jurídico-privadas existentes, debiéndose limitar a constatar si en el ordenamiento administrativo existe algún precepto que imponga el sometimiento del interés particular a otros superiores de orden público».

#### 2.4. *Carteles y paneles de propaganda*

El artículo 10.21 del R.DUG. (168.1 L.S.G.) enumera también entre los actos sujetos a licencia «la colocación de carteles y paneles de propaganda visibles desde la vía pública...». No está sujeta a licencia urbanística, por tanto, cualquier colocación de carteles, sino únicamente cuando concurren las circunstancias siguientes<sup>20</sup>:

┆ Que sean carteles o paneles de propaganda, dado que si el cartel tiene otra finalidad como puede ser el señalamiento del nombre de la finca o la indicación sobre el acceso, no se exigirá licencia.

┆ Que sean visibles desde la vía pública.

Por su parte, la Sentencia del TS de 10 de julio de 1985 (ponente: Sr. Martín del Burgo y Marchan. La Ley, 1985-4. RAJ 1985, 3894), vincula los carteles de propaganda a los valores que trata de salvaguardar el ordenamiento urbanístico:

«La publicidad exterior, que por su propia finalidad siempre busca lugares concurridos, incide, o puede incidir, en los valores que trata de salvaguardar el ordenamiento urbanístico, razón por la cual en el TR LS este tipo de publicidad se incluye entre los actos y hechos sometidos a previa licencia».

También requiere licencia el cambio, en un cartel de propaganda, del contenido del mismo, aunque el cartel no haya sido substituido por otro, ya que en tal caso, ello implica un cambio de objeto, necesitado de licencia<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Sentencia de 25 de noviembre de 1988, Ponente: Sr. Delgado Barrio, LA LEY, 1989-1, 540:

«La colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública es en nuestro ordenamiento jurídico una actuación sujeta a licencia, ya que esta actividad, en razón de su objetivo, tiende a realizarse buscando lugares concurridos, lo que afecta a valores que el ordenamiento urbanístico necesariamente ha de proteger, como son la seguridad de tráfico rodado y de los viandantes y la estética, lo que supone la intervención de la Administración Pública en la actividad de los particulares a través del control previo que implica la sujeción a licencia, que, al tratarse de licencia urbanística y por tanto de naturaleza reglada, debe otorgarse o denegarse según se cumpla o no la ordenación aplicable.

<sup>21</sup> Sentencia del TS de 21 de mayo de 1987 (Ar. 5834):

«Incluso en el supuesto que nos ocupa, como el nuevo anuncio luminoso, como hemos dicho, se refiere a distintas empresas a la anunciada en el primero, ello implica un cambio de objeto, necesitado de una licencia, que, naturalmente, tiene que regirse por el principio de legalidad imperante en ese ámbito...»



## 2.5. *Corta de árboles*

La corta de árboles está recogida en el art. 10.19 del R. Dis. Urb., como actos sujetos a licencia urbanística. Pero también lo recoge numerosa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la Sentencia del TS de diciembre de 1992 (Ponente Sr. Esteban Alamo. La Ley 1993, 5910):

«En relación con la necesidad de obtención de licencia para la realización de labores agrícolas en una finca de más de 500 ha de extensión, con más de la mitad de ella dedicada a cultivo y la otra mitad a pastos y matorral y aprovechamiento de leñas, la Administración municipal es la que tiene que proporcionar la certeza de la realización de la corta de árboles en masas arbóreas y del lugar concreto en que tienen lugar...».

## 3. Obras de edificación

### 3.1. *Obras de nueva planta*

El ordenamiento urbanístico sujeta a licencia toda obra de nueva planta. El artículo 168.3 L.S.G. y el artículo 10.1 R.DUG. así lo establecen y, en concreto, este último incluye en el catálogo de actos sujetos a licencia previa «las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de toda clase de nueva planta». Como obras de mera construcción han de considerarse también las realizadas en el subsuelo, a que se refiere el apartado 13 del artículo 10 citado.

Cualquier tipo de construcción y cualquiera que sea su destino está sujeto a licencia, no sólo las destinadas a viviendas, locales de negocio e industrias<sup>22</sup>. Entre otras pueden citarse:

┆ La construcción de presas, balsas, obras de defensa y corrección de cauces públicos, vías privadas o públicas, puestos de abrigo, diques de protección y defensa del litoral».

┆ La instalación o ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, provisionales o permanentes.

┆ Instalaciones y construcciones de carácter temporal destinadas a espectáculos y actividades recreativas.

┆ La obra de construcción de infraestructura civil... excepto que ya hayan sido detalladas y programadas como obras a ejecutar en un plan especial o plan territorial o plan director sectorial».

Un tema muy debatido y de gran repercusión doctrinal es el que se refiere a la necesaria interconexión entre las licencias de obras de nueva planta y las licencias de actividad, que permiten el desarrollo de la misma

<sup>22</sup> A título de ejemplo, se puede apreciar la exigencia antes apuntada, respecto de un supuesto de regeneración de una pista de un aeropuerto nacional en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1996 (Ponente: Sr. Enriquez Sancho, LA LEY, 1996, 2392)

en el edificio o instalación proyectado. Cuando el edificio se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas «no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si procediera» (art. 22.3 RS). Este precepto trata de evitar que una vez realizada la obra el propietario se encuentre la sorpresa de que, no contraviniendo la misma ninguna norma de planeamiento desde el punto de vista arquitectónico, no reúne las condiciones exigidas para que pueda destinarse al fin específico proyectado y no pueda otorgarse la licencia.

Podemos resumir este debate con las posiciones jurisprudenciales que se apuntan a continuación. Por una parte la sentencia de 13 de diciembre de 1976 indica:

«Cuando el edificio se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas (v.gr.: teatro, pabellón de deportes, etc.) no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si procediera» (artículo 22,3, RS). Este precepto del RS, normalmente incumplido, con el consentimiento tácito de los órganos municipales, trata de evitar que una vez realizada la obra (previa la obtención de la correspondiente licencia) se encuentre el propietario con que, no contraviniendo la misma ninguna norma de planeamiento desde el punto de vista arquitectónico (por lo que no existe inconveniente en la concesión de licencia de obras), no reúne las condiciones exigidas para que pueda destinarse al fin específico proyectado y no puede otorgarse la licencia de apertura. Cumpliendo el precepto reglamentario, al ser previo al otorgamiento de ésta, no se comenzará la obra sin tener la garantía de que, desde todos los puntos de vista, el inmueble puede destinarse específicamente a establecimiento de características determinadas. Por lo que es ineludible la licencia de construcción (S de 1 de febrero de 1980). Como dice la S de 22 de marzo de 1980, «cuando con arreglo al proyecto presentado la obra a realizar se destine específicamente a un establecimiento de características determinadas, bien para una industria, bien para cualquier otra actividad, es prevalente y condicionante la autorización de apertura».

Y la Sentencia de 17 de abril de 1990 (Ponente: Sr. González Navarro, Ar. 3645), determina:

«Para esta sala de apelación es claro que la sentencia impugnada, al anular las resoluciones administrativas denegatorias de la licencia solicitada, ha procedido conforme a derecho, pues es claro que esos actos municipales quebrantan la reiterada doctrina de este Tribunal que tiene declarado que, no obstante la conexión e interrelación que existe entre la licencia de obras y la actividad, dada la literalidad del n° 3 del art. 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, hay que estar siempre a que es la licencia de construcción la que se condiciona por la de apertura y no es esta última la que tiene que subordinarse a la de obras -Sentencias de 3 de enero y 21 de septiembre de 1985 y 16 de mayo de 1989, entre otras; y que teniendo la licencia de apertura su propia autonomía y singularidad, la misma no puede depender de que la obra del edificio en el que la actividad se hubiese dado (Sentencias de 16 de mayo

de 1989), porque las cuestiones de edificación ilegal por falta de licencia o por contravenir la otorgada, tiene su específica regulación –en los arts. 184, 185, 186 y 187 principalmente, de la Ley del Suelo y disposiciones reglamentarias concordantes–, y no se puede aprovechar el trámite de la licencia de instalación o de apertura para tratar de solucionar los problemas de ilegalidad o de falta de legalización de la de obras que tiene su propio camino y tratamiento; pues como declaran, entre otras, además de las ya citadas, las Sentencias de 29 de septiembre de 1975, 5 de octubre de 1981, 13 de julio de 1983, 30 de abril de 1984, 4 de noviembre de 1985 y 30 de enero de 1989, las licencias de primera utilización de los edificios –al igual que las de apertura e instalación– han de otorgarse o denegarse con carácter tan reglado, que la autoridad correspondiente está obligada a resolverlas dentro de los límites previstos en la normativa urbanística aplicable, y no pueden plantearse temas que desborden su propio ámbito; siendo el marco de las licencias de instalaciones las disposiciones relativas a si el uso pretendido es admisible en el lugar según el Plan y Ordenanzas, si el Proyecto cumple las condiciones técnicas de seguridad (art. 22 del Reglamento de Servicios) y si en su caso no se dan las circunstancias previstas en el art. 40.3 del Reglamento de Gestión urbanística; no pudiendo utilizarse la licencia de instalación para exigir regularizar la de obras, ya que como dice la Sentencia de 22 de enero de 1986, se incurre en tal caso en desviación de poder, tanto que emplear la facultad de control de la primera utilización de un edificio para fiscalizar la adecuación de la obra y la licencia y a la normativa urbanística (fin distinto del prescrito por esta normativa) como por utilizar para este desviado fin un procedimiento diferente del legalmente previsto en los arts. 184 y siguientes citados de la Ley del Suelo; siendo también paradigmas de esta doctrina la Sentencia de 29 de marzo de 1989 y de 27 de marzo de 1990».

La jurisprudencia más reciente ha reiterado esta exigencia. Así la Sentencia de 10 de marzo de 1998 (Ar. 2222), al referirse a las responsabilidades en que puede incurrir la Administración, resume con más detalle la doctrina jurisprudencial:

«La doctrina jurisprudencial es unánime desde hace muchos años en sentar que la licencia de actividades y la licencia de obras son autorizaciones distintas y a diferentes efectos, objeto cada una de sus comprobaciones particulares previas y a conceder en procedimientos separados, en que el otorgamiento de la primera preceda al de la segunda; salvo que por excepción cuando el objeto de una y otra sea idéntico de suerte que se confundan por ser las obras a realizar la propia actividad, y en el procedimiento del otorgamiento de la mayor amplitud, la de actividades, se examinan también los posibles inconvenientes que desde distintos puntos de vista pueden obstar a las obras en sí, debiendo entenderse en estos supuestos concedida, con la licencia de actividades, la licencia de obras, que en otros habría de reputarse obtener por separado. Pero es que además de lo expuesto, resulta claro que el otorgamiento de la licencia de obras sin la previa de apertura integra un funcionamiento anormal de la Administración que pueda generar una responsabilidad patrimonial...»



### 3.2. Obras con carácter provisional

Están sujetas a licencia no sólo las obras de nueva planta, sino también la modificación de estructuras y aspecto exterior de las que existen<sup>23</sup>. El artículo 10 R. DUG. especifica, en los apartados 2 a 6, las siguientes:

- I de ampliación de edificios e instalaciones.
- I de modificación o reforma que afecten a la estructura.
- I de modificación del aspecto exterior.
- I las que modifiquen la disposición interior de los edificios.
- I las que hayan de realizarse con carácter provisional (explicitadas en el artículo 57 de la L.S.G.).

De entre las citadas actuaciones sometidas a previa licencia, las **obras provisionales** son las que, posiblemente, han provocado una mayor profusión jurisprudencial. La jurisprudencia destaca que las licencias provisionales constituyen, en sí mismas, una manifestación del principio de proporcionalidad en un sentido eminentemente temporal: si a la vista del ritmo de ejecución del planeamiento una obra o uso provisional no va a dificultar dicha ejecución, no sería proporcionado impedirlos, siempre sin derecho a indemnización, cuando ya no sea posible su continuación; son, pues, estas licencias un último esfuerzo de nuestro ordenamiento para evitar restricciones no justificadas al ejercicio de los derechos y se fundan en la necesidad de no impedir obras o usos que resultan inocuos para el interés público, inocuidad ésta que sólo existirá si realmente se elimina la indemnización para el momento, inevitable, de su extinción (Sentencia del TS de 29 de marzo de 1994. Ponente: Sr. Delgado Barrio. La Ley 1994, 6154).

De otro lado, en cuanto pudieran dar lugar a error las denominaciones de las licencias que permiten dichas obras como provisionales o «en precario», estimamos que las mismas no constituyen un término jurídico

<sup>23</sup> Sentencia de 21 de mayo de 1996, Ponente: Sr. Sanz Bayón, LA LEY, 1996, 6989:

«Toda reconstrucción de una determinada obra o instalación, sea total o parcial, tras la correspondiente demolición de derrumbamiento, no es sino una nueva construcción que necesariamente ha de ajustarse al ordenamiento jurídico vigente en el momento de su realización, y de aquí la necesidad de solicitar y obtener la correspondiente licencia para ello, que permita controlar las condiciones y circunstancias de esa reconstrucción y su adecuación a la ordenación urbanística vigente en el momento de esa obra, y tal exigencia de licencia está prevista y preceptuada en el art. 1 RD 2178/1987, de 23 de junio, al referirse tanto a las obras de construcción de edificaciones o instalaciones de todas clases como a las de su reforma, modificación o ampliación, y naturalmente que esa licencia ha de tener por objeto la específica obra o instalación que se pretende realizar y no otra diferente, aunque esté relacionada con la anterior o incluso se refiera a la misma clase de obra, actividad o instalación pero en lugar o circunstancias diferentes».

válido, no debiendo ser confundidas de ningún modo con el concepto de provisionalidad. La licencia cumple como cometido el control de la legalidad urbanística, y por tanto, siempre han de ser consideradas como definitivas, ya que dicho control estimado como adecuación de la obra, aún a pesar de ser esta provisional, ha de estar reglado tanto provisional como definitivamente. Careciendo de sentido, por tanto, el concepto de licencia provisional, constituyendo por tanto una denominación al menos inadecuada<sup>24</sup>. En esa línea se pronuncia la Sentencia del TS de 7 de noviembre de 1985 (Ar. 6499).

Tales licencias provisionales, con la limitación que tal concepto conlleva, como se acaba de exponer, constituyen un último esfuerzo del ordenamiento jurídico para evitar restricciones no justificadas al ejercicio de los derechos y se fundan en la necesidad de no impedir obras o usos que resulten inocuos para el interés público. De tal modo se pronuncia la Sentencia del TS de 26 de junio de 1995 (Ar. 5031):

«Conviene ante todo precisar que si bien la obligatoriedad de los planes comporta, en lo que ahora interesa, que el uso de los predios no puede apartarse del destino en aquéllos previsto ello no quiere, sin embargo, decir que no existan supuestos en los que, al menos con carácter temporal, no sea posible autorizar usos u obras, pese a su disconformidad con el planeamiento, siempre, claro está, que concurran los supuestos a que se refiere el artículo 58.2 de TRLS de 1976. Con dichas licencias provisionales se viene a dar expresión al sentido esencial del Derecho Administrativo que aspira a armonizar las exigencias del interés público con las demandas del interés privado... Son, pues, estas licencias, un último esfuerzo de nuestro ordenamiento para evitar restricciones no justificadas a ejercicio de los derechos y se fundan en la necesidad de no impedir obras o usos que resulten inocuos para el interés público».

Por último, es preciso recordar que, aun en el supuesto de que se haya solicitado y concedido la licencia en precario, ello no obsta a que las obras amparadas por aquélla deban cumplir todas las exigencias establecidas por la normativa aplicable.

El derribo es, en la concepción tradicional, una facultad del propietario, que se convertía en obligación en los supuestos de ruina. La distinción entre derribo concebido como un deber y derribo como facultad es decisiva en lo que se refiere a la necesidad de licencia o no. El propietario tiene el deber de derribar en caso de ruina, siempre que se declare así por la autoridad competente y a través del procedimiento legalmente establecido ( artículo 171 L.S.G.). Ahora bien, la posibilidad de que el propietario derribe una finca no se limita a los supuestos de declaración de

<sup>24</sup> Quiros Roldán, Antonio y otros. «Estudio-comentario...». Op. cit., pág. 170.

ruina (es en estos casos en los que la necesidad de licencia se concreta)<sup>25</sup>. A tal efecto se impone la siguiente distinción:

a) Que el inmueble no esté arrendado, en cuyo caso el régimen del otorgamiento de la licencia será el común previsto en la L.S.G.

b) Que el inmueble a que afecte el derribo esté arrendado. En este supuesto no es admisible la demolición, sino el régimen que contempla el artículo 178, párrafo 1, de la Ley de arrendamientos urbanos, según el cual, para que proceda la segunda excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento, será necesario «que el arrendador contraiga, comunicándolo por escrito al Gobernador civil de la provincia, el compromiso de que las obras de reedificación se realizarán en el plazo que previamente deberá ser señalado por dicha autoridad y que la reedificación se verificará de modo que la nueva finca cuente al menos con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio si en el inmueble a derribar los hubiere. Y cuando la finca careciera de viviendas o las que existieran fueran dependencias del local o locales de negocio con que cuente, que se comprometa a que la reedificada disponga de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas con independencia plena de los locales de negocio».

#### 4. Actividades relativas al uso del suelo y las edificaciones

Aparte de las actividades de construcción o edificación, existen otras sujetas a licencias de urbanismo en las que no se trata de legitimar la ejecución de una obra, sino de legitimar su uso. ¿Cuáles son esos actos?. El artículo 168.1 L.S.G. enumera entre los actos de uso sujetos a licencia «la primera utilización de los edificios y la modificación objetiva de los mismos». Si bien el artículo 10 del R. DUG. añade otros supuestos: «la utilización de suelo para el desarrollo de actividades mercantiles...» y «el uso del vuelo...», dos son los que desarrollaremos en esta exposición: la primera utilización y la modificación.

<sup>25</sup> Sentencia de 27 de julio de 1987, Ponente: Sr. García Estartús, LA LEY, 1987-4, 730:

«Dispuesto por el art. 178 TR LS que estarán sujetos a previa licencia, a los efectos de la propia Ley, los actos de edificación y uso del suelo, entre los que enumera la demolición de construcciones, ninguna duda cabe que, en el caso de autos, el supuesto planteado es subsumible en las anteriores previsiones, toda vez que por el actor se procedió a la demolición de edificaciones existentes, aunque de ellas diga que se encontraban prácticamente derruidas, sustituyéndolas por una nave apta para sus necesidades, cuales eran la guarda de maquinaria agrícola; ante ello resulta evidente que las obras sucesivamente realizadas, de demolición de lo existente y construcción de nave, implicaban la necesidad de previa licencia, sin que a ello obste que la nueva construcción se realizase en el mismo lugar en que se encontraba la derribada»



Cuando se habla de licencias de primera utilización no se debe confundir esta clase de licencias urbanísticas con la licencia de apertura de un establecimiento<sup>26</sup>. Su diferencia es clara, ya que mientras la licencia de apertura legitima el ejercicio de la actividad correspondiente, la licencia urbanística comprueba que dicha actividad se acomoda a lo dispuesto por la normativa urbanística. Numerosas sentencias se pronuncian en el sentido de entender que la licencia de primera utilización se limita a comprobar si lo edificado se ajusta a los términos en que la previa licencia de obras fue otorgada, constituyendo un acto de mera comprobación.

En esta línea se pronuncia la Sentencia del TS de 26 de enero de 1987 (Ar. 1995):

«La doctrina contenida en la sentencia impugnada es acorde con la establecida por esta Sala en las sentencias, entre otras, de 30.04.84 y 4.11.85 al declarar que la ocupación o primera utilización de los edificios es uno de los actos sujetos a previa licencia municipal, el contenido de tal actividad de intervención viene descrita en la norma contenida en el apartado d. del art. 21 del Reglamento de servicios, esto es, si el edificio puede destinarse a determinados usos por estar situado en zona apropiada y reunir condiciones técnicas de seguridad, salubridad y, en su caso, si el constructor ha cumplido el compromiso de realizar simultáneamente la urbanización. En definitiva tiene por objeto confrontar la obra realizada con el proyecto que sirve de soporte a la licencia de obra en su día otorgada y también si se han cumplido las condiciones lícitas en su caso establecidas en la licencia base de la edificación, ya que si existe adecuación, el Ayuntamiento no puede denegar la licencia de primer establecimiento, dado que aparte de encontrarnos ante un supuesto de actividad reglada, la licencia de 1ª ocupación es expresión técnica de la necesaria comprobación de si el edificio o instalación se acomoda a las previsiones contenidas en el proyecto e instrumentos complementarios que en su día sirvieron de soporte al acto base de concesión de la licencia de obra o edificación».

Si lo que se pretende acometer es una modificación de la que se derive un uso urbanístico diferente al que venía destinado, será preceptiva

---

<sup>26</sup> En este sentido, la Sentencia del TS de 26 de junio de 1998:

«Frente a las argumentaciones y conclusión de la sentencia apelada que, en lo fundamental, han quedado indicadas en el razonamiento anterior, el ayuntamiento apelante, tras destacar la solicitud de la licencia por parte del interesado y el hecho de que éste abonó unas tasas en el año 1972, hace referencia a la equidad y al principio de proporcionalidad, que entiende se ha quebrado por la resolución apelada al disponer la inmediata clausura del taller en cuestión antes de resolverse el expediente iniciado con motivo de la referida solicitud de licencia...

Las alegaciones que, en síntesis, se han indicado en el fundamento anterior no pueden ser acogidas si se tiene en cuenta, en primer lugar, que cuando se trata de una actividad comprendida en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, dicha actividad está sujeta a la obtención de la correspondiente licencia como presupuesto para su ejercicio...»

la correspondiente licencia. No así en los supuestos en los que se mantiene el destino previsto inicialmente. Esta doctrina se ha consolidado en la jurisprudencia del TS, con sentencias como la de 22 de julio de 1996, que no deja lugar a dudas:

«Al enumerar los supuestos en que resulta preceptiva la licencia, el art. 178 TR LS incluye la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, lo que reitera el art. 1 n.º. 10 y 13 del R.D. 2187/1978, de 23 de junio, y que implica que cuando el edificio va a ser utilizado por primera vez sea necesaria una licencia, y que si con posterioridad a la licencia de primera utilización se produce una modificación objetiva del uso, tal modificación esté también sujeta a licencia, y que siendo así las cosas en el momento de la apertura de un despacho profesional pueden darse dos situaciones, que la apertura del despacho implique una primera utilización del edificio -más generalmente de una parte del mismo-, caso en el que será necesaria una licencia de primera utilización que habilite el determinado uso que integra el despacho profesional, o que, por el contrario, el despacho se abra en edificio -parte del mismo- que ya era objeto de un uso anterior pero distinto, en cuyo supuesto será precisa la licencia de modificación del uso». (Sentencia de 22 de julio de 1996. Ponente: Sr. Barrio Iglesias, LA LEY, 1996, 10048).











# AS PROPOSICIÓN NON DE LEI NA PRÁCTICA DO PARLAMENTO GALEGO

Xosé A. Sarmiento Méndez

Profesor de Teoría Constitucional.  
Universidade de Vigo  
Letrado do Parlamento

## I. Concepto

Non existe no Regulamento parlamentario galego unha definición das proposicións non de lei. Serve para aproximarse ó seu concepto o artigo 160 que di que a través delas os grupos parlamentarios poden formularlle propostas de resolución á Cámara. Esta caracterización non as diferencia nidiamente das interpelacións senón por dous aspectos explicitados noutros lugares do regulamento: os suxeitos que poden presentalas (exclusivamente por grupos parlamentarios) e o lugar no que se tramitan (tanto no Pleno coma nas distintas comisións da Cámara).

Un paso máis adiante no perfil deste instrumento parlamentario vén dado polo contido da Resolución da Mesa do Parlamento do 20 de xuño de 1986, sobre o artigo 161 do Regulamento da Cámara<sup>1</sup> que establece como propias das proposicións non de lei aquelas propostas de resolución formuladas, que conteñan declaracións de vontade dirixidas ó Goberno galego. Esta expresión suscita a dúbida de se se admite unha

<sup>1</sup> A dita resolución versa sobre o contido, prazo de inclusión na orde do día e cualificación das emendas presentadas ás proposicións non de lei. Pode consultarse no BOPG núm. 40, do 17 de xullo de 1986.



proposición non de lei dirixida a un conselleiro, cuestión esta que debemos resolver de xeito afirmativo, e que por outra banda se atopa (se ben en termos máis xenéricos) de actualidade en Gran Bretaña nas análises recentes acerca da consideración do Executivo como responsable político solidario e a importancia do liderado do presidente do Goberno<sup>2</sup>.

## 2. Suxeitos

Como ten sinalado Ignacio Torres Muro non existe un *ius ut procedatur* considerado individualmente por parte dos deputados á presentación das proposicións non de lei agás en certos ordenamentos parlamentarios autonómicos<sup>3</sup>, posto que o habitual e atribuírles ós grupos parlamentarios este dereito á presentación desta clase de iniciativas.

Estas restricións ós deputados individuais baten coas novas voces que en países como Italia (Salvatore Curreri)<sup>4</sup> piden a revitalización do papel do parlamentario individual sobre todo a partir da reforma regulamentaria producida naquel país en 1997, e que tampouco son excepciónais no noso contorno.

En todo caso non cabe dúbida de que á luz do ordenamento parlamentario galego só os grupos parlamentarios teñen a posibilidade de formular proposicións non de lei.

## 3. Obxecto

As propostas de resolución que os grupos parlamentarios poden incluír nas proposicións non de lei teñen un ámbito obxectivo moi amplo que vén delimitado pola Resolución da Mesa do Parlamento do 20 de xuño de 1986.

Deste xeito é posible que tales propostas de resolución conteñan declaracións de vontade dirixidas ó Executivo galego, coa finalidade de solicitar a remisión dun proxecto de lei, o seu pronunciamento sobre un texto de carácter non lexislativo ou o impulso da súa actuación política en materia da súa competencia. Trátase ata aquí de supostos nos que a Cámara se dirixe ó Goberno autonómico coa finalidade de activa-lo la-

---

<sup>2</sup> Así A. Seldon «Policy making and Cabinet», en D. Kavanagh y A. Seldon (eds.), *The Major Effect*, (Macmillan, 1994) páxs 161-162.

<sup>3</sup> Tal é o caso do artigo 168 do Regulamento da Asemblea de Murcia e o artigo 158 do Regulamento das Cortes de Castela-León.

<sup>4</sup> S. Curreri: «I gruppo parlamentari nella XIII Legislatura». *Rassegna Parlamentare*. Aprile-giugno. Anno XLI. Giuffrè editore. páxs. 263 a 380.

bor legislativo ou ben nas outras facetas posibles da actividade parlamentaria: o control e o impulso do Executivo.

Pero ademais é admisible que as proposicións non de lei no Parlamento de Galicia teñan por finalidade obter unha manifestación de vontade da Cámara, neste suposto esta deberá delimitarse a materias que afecten o ámbito competencial ou o interese da Comunidade Autónoma. Esta última referencia, lonxe de lle ser unha limitación ó ámbito obxectivo das proposicións non de lei, perde toda a súa virtualidade ó permitirse que estes instrumentos parlamentarios traten en xeral de materias que afecten «o interese da Comunidade Autónoma». Unha expresión coma esta supera abondosamente a listaxe das competencias estatutarias e permite, como así a práctica parlamentaria acaba de demostrar, que se tramiten proposicións non de lei sobre aspectos totalmente alleos ó articulado do texto estatutario galego.

#### 4. Procedemento

##### A) A cualificación pola Mesa do Parlamento

Unha vez máis é a Resolución citada do 20 de xuño de 1986 a que orienta os criterios de cualificación que a Mesa debe ter en conta para a tramitación das proposicións non de lei. Como xa referín anteriormente, os criterios de cualificación que afectan un instrumento considerado tan laxamente no tocante ó seu contido, deberan ser tamén moi permisivos. Deste xeito a cualificación da Mesa da Cámara deberase mover sempre nun eido estritamente formal sen considera-la oportunidade ou o contido político da iniciativa presentada polos grupos. Trátase, polo demais, dunha liña interpretativa que o Tribunal Constitucional mantén na súa xurisprudencia dende a subliñable Sentencia 205/1990, que destacou a aplicación limitativa das facultades cualificadorias das mesas das cámaras, que en todo momento deben ceder ante as facultades do Pleno para deliberar, discutir e vota-la iniciativa de que se trate<sup>5</sup>.

Unha vez admitida a trámite a proposición a Mesa ordenará a súa publicación e acordará adscribirla ó Pleno ou á comisión competente «en función da importancia dos temas obxecto da proposición» (artigo 161 RPG).

Esta previsión regulamentaria da asignación ó órgano competente para o seu debate presenta importantes problemas prácticos, posto que a valoración da importancia dos temas vai ser feita por un órgano, a Mesa do Parlamento, integrado por políticos, e que dificilmente poderá abstraerse dos condicionamentos partidarios no desenvolvemento deste labor.

<sup>5</sup> Sentencia do 13 de decembro de 1990. (RTC 1990, 205).

## B) Emendas

Unha vez publicada a proposición non de lei poderán presentarse emendas por parte dos grupos parlamentarios ata as seis horas antes do comezo da sesión na que se deba debater. Unha vez máis limítase o papel do parlamentario individual que non exercerá un dereito de emenda parello ó do procedemento lexislativo, posto que aquí só os grupos parlamentarios poden emenda-las proposicións non de lei.

Obviamente as emendas presentadas deben ser cualificadas pola Mesa, e por iso establécese un prazo de seis horas como límite para a súa presentación. No caso das proposicións non de lei en comisión a Resolución do 20 de xuño de 1986 na súa alínea terceira establece que se lles faculta ás respectivas mesas para cualificaren e admitiren a trámite as emendas que sexan conformes ós criterios citados.

## C) Inclusión na orde do día

As proposicións non de lei entran de cheo na problemática que afecta tamén as interpelacións e que se resolve na alínea segunda do artigo 149 do regulamento. Nese texto establécese que para a súa inclusión na orde do día daráselles prioridade ás interpelacións dos deputados de grupos parlamentarios ou ás dos propios grupos que no correspondente período de sesións non consumisen a cota resultante de asignaren unha interpelación por cada tres deputados ou fracción que pertenza a estes. Sen prexuízo do mencionado criterio aplicarase o da prioridade na presentación, e ademais en ningunha orde do día se poderán incluír máis de dúas interpelacións dun mesmo grupo parlamentario.

A cota das iniciativas ten unha importancia moi relevante no parlamentarismo actual e non só no caso galego, recentemente Claudia Di Andrea puxo de manifesto a importancia que en Italia ten o cambio regulamentario que obriga a incluír dous temas suscitados pola oposición no primeiro punto da orde do día da Cámara<sup>6</sup>.

Os órganos rectores da Cámara galega adoitan tomar resolucións nas que establecen a citada cota para o período de sesión seguinte, polo que é habitual o número de tres proposicións non de lei para ser incluídas en cada Pleno por parte dos grupos parlamentarios da minoría, como así se contén no recente Acordo da Mesa do 1 de febreiro do ano 2000. Para algún autor como Soriano este mecanismo pon de manifesto o decisivo poder dos partidos a través dos grupos no funcionamento dos parlamentos, postulando importantes liñas de reforma para recupera-lo papel do parlamentario individual.

<sup>6</sup> No seu traballo «Sulle ultime modificazioni del regolamento della Camera dei Deputati», publicado en *Rassegna Parlamentare* Gennaio-Marzo, Anno XLI, Giuffrè Editores, páx. 151.



A pesar desta asimilación para os efectos da cota ás interpelacións, as proposicións non de lei non sofren unha degradación ó remata-lo período de sesións como así ocorre coas interpelacións, ex artigo 149.3 do RPG. Deste xeito poderán acumularse dun período de sesións para os seguintes aquelas que fosen presentadas e non recibisen a oportuna tramitación por parte do Pleno ou das comisións competentes.

#### D) Debate

Neste punto resulta decisiva a participación de tódolos grupos parlamentarios que o desexen. Como sinalou López Guerra trátase de posibilita-la comparación da maioría parlamentaria cos *desideratum* da oposición. Neste sentido despois da intervención do autor da proposición non de lei defenderán as súas emendas os grupos que as formulasen e seguidamente intervirán nos debates os grupos non emendantes.

Unha vez concluídas as intervencións, a proposición coas emendas aceptadas polo proponente será sometida a votación. Ata aquí preséntase un réxime xurídico sinxelo no desenvolvemento do debate destes instrumentos parlamentarios. Nembargantes, no caso galego, vénselle atribuíndo unha polémica quenda ó autor da proposición para que manifieste se acepta ou non as emendas presentadas, quenda que veu xeneralizarse en tódalas proposicións non de lei, contén ou non con emendas presentadas.

O Regulamento parlamentario galego posibilita que o presidente da comisión ou da Cámara acumule, para os efectos de debate, as proposicións non de lei relativas a un mesmo tema ou a temas conexas entre si. Resulta habitual que se acuda a este expediente parlamentario, que ademais non impide a votación separada das propostas de resolución que os distintos grupos presentaran en cadansúa proposición non de lei.

### 5. As proposicións non de lei no quinto período de sesións da V Lexislatura

Atopámonos ante un instrumento que mantén un nivel de tramitación relevante na Cámara galega. As proposicións non de lei plenarias tramitadas diminuíron respecto ó cuarto período de sesións desta lexislatura de trinta a dezaioito, se ben o número das aprobadas aumentou de tres a seis. Son datos que, en xeral, denotan unha certa dificultade para acadar transaccións entre a maioría e a minoría ou, se é o caso, poñen de manifesto a utilización como instrumento de control das proposicións non de lei, polo seu contido claramente destinado ó desgaste político do Executivo.

As temáticas sobre as que versan as propostas de resolución aprobadas son moi heteroxéneas entre si, pero mostran algunhas características comúns.

En primeiro lugar trátase de asuntos «non nucleares» no debate político da Comunidade Autónoma. Nin a crise dos sectores productivos en Galicia, a situación socio-laboral da poboación, os casos de presuntas irregularidades ou corrupcións administrativas ou os criterios de funcionamento das institucións políticas deron lugar á aprobación de propostas de resolución. A razón é obvia, xa que deberían contar co apoio da maioría parlamentaria que é coherente coa acción política do Executivo.

Por outra banda as resolucións aprobadas teñen en común case que na súa totalidade, o intento de que o Executivo manteña algún tipo de relacións ou realice xestións con outras institucións públicas (sexan estatais ou da Administración local).

Tres son as temáticas sobre as que versan as seis proposicións plenarios aprobadas:

a) *No ámbito educativo e cultural*

Proposición non de lei aprobada o 13 de outubro de 1999

«O Parlamento insta a Xunta de Galicia a:

- 1.º) Promove-lo expediente de declaración de Ben de Interese Cultural (BIC) de todo ou parte da obra de Castelao.
- 2.º) Realiza-las xestións oportunas, perante a Deputación de Pontevedra e o Museo de Pontevedra, para que, co fin de aproveita-las obras de ampliación do museo, se melloren as posibilidades de que os fondos de Castelao alí albergados poidan ser contemplados e visitados, coa solución transitoria da súa exhibición ata a execución destas obras.
- 3.º) Promover, impulsar e apoia-la realización de actividades na Comunidade Autónoma encamiñadas a estudar, honrar e dar a coñece-la figura de Daniel Rodríguez Castelao, do que no ano 2000 se celebra o quincuaxésimo cabodano do seu pasamento.
- 4.º) Colaborar de forma activa coas institucións que promovan e que impulsen a difusión e coñecemento da súa personalidade e da súa obra.»

Proposición non de lei aprobada o 26 de outubro de 1999.

«O Parlamento insta a Xunta de Galicia a que:

- 1.º) Elabore un marco de actuación para unha avaliación do sistema educativo galego que conte co consenso da comunidade educativa e dos sectores sociais que se considere oportunos.
- 2.º) Elabore a partir dese momento os mecanismos concretos de avaliación do sistema e o seu calendario de realización.
- 3.º) Elabore un informe anual sobre a calidade do sistema educativo que lle será transmitido ó Parlamento Galego para a súa análise na comisión respectiva.»

b) *No tocante á telefonía*

Proposición non de lei do 13 de outubro de 1999.

«O Parlamento insta a Xunta de Galicia a elaborar por parte do órgano competente en materia de comunicación da Xunta de Galicia un mapa de áreas metropolitanas para a aplicación das tarifas metropolitanas do servizo telefónico, de acordo coa realidade socioeconómica e comarcal da Comunidade Autónoma, para esixir do Goberno central a territorialización das tarifas de acordo co dito, de forma que lle dea resposta axeitada e acorde ó proceso de desenvolvemento e de utilización dos servizos de telecomunicacións que se está a operar no ámbito da nosa comunidade».

Proposición non de lei do 23 de novembro de 1999.

«1. O Parlamento galego insta a Xunta de Galicia a solicitar do Goberno central a aplicación en Galicia da tarifa telefónica reducida en tódolos días festivos recoñecidos oficialmente pola Xunta de Galicia, ademais dos festivos de ámbito estatal.

2. Para os efectos do anterior, a Xunta de Galicia facilitaralle ó Goberno central a relación de núcleos de poboación da Comunidade Autónoma de Galicia para adecuarlos distritos tarifarios ó ámbito desta Comunidade Autónoma».

c) *En cuestións de fauna e pesca*

Proposición non de lei do 9 de novembro de 1999.

«O Parlamento de Galicia insta o Goberno galego a dirixirse ó Goberno español a fin de:

1.º) Adopta-las medidas necesarias para modifica-lo Decreto 2864/1974, Texto refundido do réxime especial da Seguridade Social dos traballadores do mar, e da Lei xeral da Seguridade Social, a fin de facilita-la incorporación a este réxime de tódolos homes e mulleres que exerzan a actividade pesqueira, mariñeira, marisqueira, redeira, ou calquera outra relacionada co sector a que nos estamos a referir, para facilita-la súa incorporación ó traballo e á economía legal.

2.º) Fixar, no caso da actividade marisqueira, unhas cotizacións á Seguridade Social en función dos ingresos obtidos polo número de días traballados, que garantan unhas rendas dignas para mariscadoras e mariscadores.»

Proposición non de lei do 23 de novembro de 1999.

«O Parlamento galego insta a Xunta de Galicia a presentar no prazo dun ano un plan de priorización de actuacións co financiamento correspondente para elimina-las barreiras que lles impidan o cumprimento do seu ciclo vital ás especies piscícolas migratorias nos ríos galegos por mor dos encoros, presas e outros obstáculos artificiais».

É paradoxal o menor número de proposicións non de lei en comisión aprobadas (3), pois o número das tramitadas é moito maior (63 fronte a 18) cás plenarias. A razón pode estribar no maior realce e resonancia



da aprobación plenaria, polo que o grupo da maioría opta por aprobar as propostas de resolución no Pleno da Cámara con preferencia ás iniciativas en comisión, sempre que a iniciativa *per se* sexa aceptable para o seu grupo.

Tamén aquí diminuíron as proposicións non de lei presentadas respecto ó 4.º período de sesións da V Lexislatura –de 117 a 66, e as aprobadas de 11 a 3–. O contido temático delas foi semellante ás plenarias e afectaron a dúas cuestións:

#### a) *Educación e cultura*

Proposición non de lei do 16 de setembro de 1999.

«O Parlamento de Galicia insta a Xunta de Galicia a:

1. Convir coa Igrexa católica a apertura definitiva e a garantía de visitabilidade de San Martiño Piñario, da capela real da catedral de Santiago de Compostela e doutras igrexas e monumentos da capital de Galicia dependentes da titularidade eclesiástica.
2. Face-lo propio co Concello de Santiago, verbo de monumentos que del dependan.
3. Promover, en colaboración con estas institucións citadas e mais co Consorcio de Santiago e con cantas institucións interese, a realización dun programa turístico-cultural que inclúa a visita de tódolos principais monumentos de Santiago de Compostela».


Proposición non de lei do 16 de setembro de 1999.

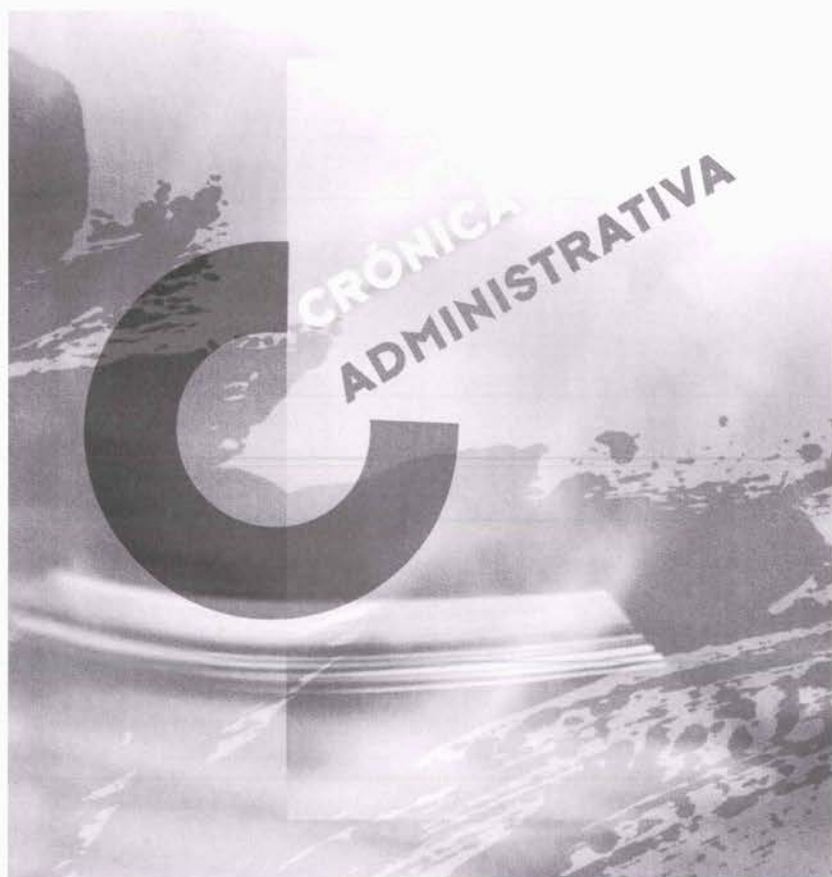
«O Parlamento de Galicia insta a Xunta de Galicia a:

Anima-la CRTVG a que, no uso das súas facultades e en cumprimento do mandato legal que a creou, dispoña a emisión, da RAG e na TVG, de espazos periódicos dedicados á exhibición e difusión do libro galego e dos seus autores; por exemplo, un espazo diario na TVG que, baixo o formato «un minuto, un libro», informe da actualidade editorial galega e lle dea a coñecer autoras e autores ó público galego, con atención á dualidade xénérica e á diversidade editorial e de produción literaria».

#### b) *Asuntos pesqueiros*

Proposición non de lei do 8 de outubro de 1999.

«O Parlamento insta o Goberno galego a pór en marcha tódalas xestións precisas para que os barcos palangreiros de Muxía con expedientes abertos por captura de peixe espada con aparello de palangre de fondo sexan tratados tendo en conta a forte crise que o porto de Muxía está a padecer na actualidade e, na súa virtude, se realice unha gradación da sanción a impor, a súa flexibilización ou, a ser posible, a condonación do seu pagamento». 







## XORNADAS SOBRE A LEI DE CAZA DE GALICIA

(Lugo, 17 e 18 de novembro de 1998)

José María Rebolledo Varela

Avogado

Os días 17 e 18 de novembro de 1998 desenvolvéronse en Lugo as «Xornadas sobre a Lei de Caza de Galicia». A Escola Galega de Administración Pública organizou o dito acto atendendo ó interese que o tema da caza suscita nunha comunidade como a nosa que, dende hai relativamente pouco tempo, conta cunha regulación xurídica da materia.

O director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, inaugurou as xornadas e indicou que a caza foi dende antigo unha actividade esencial ligada á vida do home. Pero se ben a súa consideración primaria foi a de medio de subsistencia, esta finalidade sufriu unha transformación co paso do tempo, e chegou a se converter nos nosos días máis ben nunha afección ou deporte.

Segundo a súa opinión, as perspectivas dende as que se pode abordalo estudio do tema son múltiples. Así, cabe unha aproximación cultural, artística, histórica, social, etc. O tratamento do tema dende un punto de vista eminentemente xurídico centrou a atención das xornadas, nas que o seu primordial obxectivo era o de proporcionarlles ós numerosos asistentes un coñecemento máis completo sobre os aspectos máis salientables da nova normativa galega en materia de caza, isto é, a Lei 4/1997, do 25 de xuño, e, ó mesmo tempo, examina-lo panorama que ofrece a ordenación cinexética dende diferentes puntos de vista.

O réxime xurídico da caza comporta unha serie de complexos problemas e vicisitudes que poden sintetizarse nunha pugna de principios, cales son os principios de liberdade e propiedade, os de conservación e aproveitamento, os de intervención e privatización e os problemas suscitados pola repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas. As cuestións tratadas nestas xornadas poden reconducirse a calquera destes grupos.

De acordo co manifestado polo director da EGAP, a Lei galega de caza do 25 de xuño de 1997 abre novas perspectivas na xestión cinexética da nosa comunidade. Como se declara no seu preámbulo, o seu obxecto é dobre: por un lado, busca a conservación das especies da fauna silvestre e limita os dereitos de aproveitamento cinexético dos cazadores e, por outro, trata de lograr unha mellora dos recursos cinexéticos para atender a demanda ordenada dos cazadores. Estes dous referentes enmarcan o tratamento que do tema se fixo.

Sobre todas estas cuestións que viñeron configurando o obxecto de estudio das xornadas, contouse coa intervención inestimable de ilustres conferenciantes da valía de Francisco Javier Sanz Larruga, profesor titular de Dereito Administrativo da Universidade da Coruña, que desenvolveu o tema de «A intervención administrativa no eido cinexético da Lei de caza»; José María Lago García, subdirector xeral de Medio Ambiente Natural, Caza e Pesca Fluvial: «A Lei 4/1997, do 25 de xuño, de caza de Galicia»; Ramón García-Malvar y Mariño, fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia: «A potestade sancionadora da Administración e os delitos contra o medio ambiente»; Enrique Alonso García, director xeral de Conservación da Natureza do Ministerio de Medio Ambiente: «A función constitucional do Estado en materia de caza»; o propio director da EGAP: «O dereito ó aproveitamento cinexético e o dereito de propiedade»; Pablo Sande García, maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia: «A responsabilidade por danos de especies cinexéticas e non cinexéticas»; e, finalmente, Alonso Sánchez Gascón, avogado e experto en dereito ambiental: «Os gardas de caza: a custodia dos recursos naturais».

Para un estudio detallado e polo miúdo de todas estas cuestións remítome á literalidade dos distintos relatorios, nos que o seu texto íntegro apareceu publicado pola EGAP e a Consellería da Presidencia e Administración Pública dentro do libro *Aspectos legais da caza en Galicia* (Colección «Xornadas e seminarios» nº 23, 1999).

Non obstante, de todos estes relatorios vertidos sobre o tema, quixera determe, polo seu carácter xeral dentro do contido interdisciplinar e pola súa específica referencia ás principais características da citada lexislación galega, nos dous primeiros, dos que indicarei as súas principais achegas.

Así, Francisco Javier Sanz Larruga, entende que a aprobación e publicación da Lei 4/1997, do 25 de xuño, de caza de Galicia (a partir de agora,

LCG) abre novas perspectivas na xestión cinexética da nosa Comunidade Autónoma. A nova lei permite a elaboración dunha estratexia cinexética que, no marco da protección da biodiversidade, logre compatibiliza-la adecuada xestión dos nosos recursos faunísticos cunha explotación sostible destes. E insistiu fundamentalmente na necesidade dunha máis racional explotación da caza por parte dos máis de 100 000 afeccionados galegos, nun territorio no que predominan os coutos privados (dun total de 812 coutos rexistrados, a maior parte son privados -796-).

Do estado actual da riqueza faunística en Galicia é certamente expresiva a obra de Miguel Delibes *El último coto*, que se ben considera a situación que existe nas terras de Castela, ben podería aplicarse ás nosas terras. Durante moitos decenios a lexislación española sobre a caza foi incapaz de controlar eficazmente a excesiva presión cinexética. Segundo Sanz Larruga, agora que a nosa comunidade autónoma acaba de inaugurar unha lexislación de caza propia, témo-la oportunidade de mellora-la situación.

Un principio que na súa opinión debe orienta-la intervención administrativa sobre a caza e a propia actividade cinexética é o mesmo que protagonizou a moderna política ambiental: o principio de desenvolvemento sostible baixo os auspicios da Conferencia de Río de Xaneiro de 1992. Iso non pasa necesariamente pola eliminación dunha actividade tan tradicional como a caza, senón que deben potenciarse as técnicas que fan vale-la adecuada compatibilización entre esta actividade e a protección da fauna. Derivado do principio constitucional relativo á protección do medio natural -que vela pola utilización racional dos recursos naturais (artigo 45.2)-, deben potenciarse os mecanismos de aproveitamento ordenado e racional da caza.

Para iso, de acordo co relator, é preciso tratar de harmonizar tódolos intereses implicados que supoñen a cabal participación na administración cinexética de tódolos colectivos representativos (cazadores, propietarios, asociacións protectoras da natureza, etc.). Para logrármo-los obxectivos que persegue a lexislación de caza é imprescindible a colaboración de todos: a Administración que vele pola correcta aplicación das leis, os cazadores que deben adoptar unha sorte de código ético que elimine todo indicio de talante depredador, os propietarios de terreos cinexéticos que lle eviten daniñas alteracións ó ámbito natural da fauna silvestre.

Como sinala Laguna de Paz, os cazadores non monopolizan a responsabilidade polas serias agresións que sofre a natureza e, por esta razón, propón unha «política integral de protección da fauna silvestre», que debe aplicarse a actuacións tan diversas como a política agrícola, a ordenación do territorio, o lecer e o turismo, os refugallo, a avaliación do impacto ambiental, etc.

Se ben non se antollan como oportunos os intentos de socializa-la caza,



xa que o único que producen é unha nefasta presión sobre a fauna, para o profesor Sanz Larruga semella de todo inevitable unha proporcionada restricción da actividade venatoria para logralo que Martín Mateo denomina «o rendemento óptimo da caza». Sería unha política cinexética, elaborada con instrumentos públicos e privados, que permitan un rendemento razoable da masa biolóxica sobre a que incide.

Finalmente, o relator sinalou que a elaboración da estratexia galega sobre biodiversidade –que se está realizando nestes momentos– pode igualmente acercar valiosos elementos para a futura política ambiental e cinexética da nosa Comunidade Autónoma.

Como xa deixei constatado, no que á presente crónica interesa, a segunda conferencia programada centrouse propiamente sobre as novidades máis significativas introducidas pola LCG, exposta, segundo dixen, por José María Lago García.

O 25 de xuño de 1997, o Parlamento de Galicia aprobou unha lei autonómica para a regulación da actividade cinexética, en substitución da Lei estatal 1/1970. Aínda que, tecnicamente, a lei estatal era unha boa lei, necesitaba unha serie de modificacións, algunhas delas bastante profundas, de tal forma que puidese ser válida para o seu funcionamento no territorio galego e nos tempos actuais: había un gran número de aspectos onde o transcurso do tempo demostrara que a súa concepción resultaba inaplicable en Galicia. Noutros aspectos, a evolución da realidade social fixo que quedase desfasada.

A LCG pretende supera-la descapitalización cinexética ocasionada polos desequilibrios entre a presión sobre os recursos cinexéticos e a conservación das poboacións. Búscase que o aproveitamento cinexético non afecte a conservación das especies de fauna silvestre patrimonio do conxunto da sociedade. Neste sentido, o artigo 1 recolle a dobre finalidade de regula-lo exercicio da caza e do fomento, da protección, da conservación e do ordenado aproveitamento das especies cinexéticas.

Para poder exercita-lo dereito a cazar cómpre termos máis de dezaseis anos (ata agora bastaba con catorce anos) e estarmos en posesión da licenza; para a obtención desta por primeira vez haberá que acredita-los coñecementos precisos. En canto á caza con armas de fogo, requírese a maioría de idade penal, isto é, dezaioito anos, así como o disposto na lexislación de armas.

Respecto á titularidade dos dereitos cinexéticos, consonte o que establecía a lei de 1970, correspóndelles ós propietarios ou, se é o caso, ós titulares doutros dereitos reais ou persoais que leven consigo o uso e o gozo do aproveitamento da caza.

A LCG exclúe unha serie de terreos de carácter cinexético: os núcleos urbanos ou os rurais, as vilas, os xardíns, os parques destinados ó uso público, os recintos deportivos, as instalacións fabrís ou industriais, as es-

tradas, as vías férreas, os terreos cercados ou calquera outro lugar que sexa declarado non cinexético por mor das súas especiais características e nos que o exercicio da caza deba estar permanentemente prohibido. E, seguidamente, o texto lexislativo declara outras zonas como «de seguridade», que son aquelas onde se deban adoptar medidas de precaución especiais, e nas que se prohíbe, con carácter xeral, o exercicio da caza.

Dentro dos terreos cinexéticos pódese da-lo réxime cinexético común e o especial. Nos terreos de réxime cinexético común de menos de cincocentas hectáreas continuas non se poderá practica-la caza, e terán a consideración de «refuxios de fauna». Aqueles que superen as cincocentas hectáreas xestionaraos a Xunta, e o exercicio de caza será libre, de acordo coa normativa vixente.

Os terreos de réxime cinexético especial poderán pertencer a algunha das seguintes categorías: reservas de caza, refuxios de fauna, terreos cinexeticamente ordenados, terreos cinexético-deportivos ou explotacións cinexéticas.

As reservas de caza son aquelas áreas que, polas súas condicións, consideraranse favorables para a aclimatación, reprodución, conservación, fomento e defensa das especies cinexéticas. Serán xestionadas pola Consellería de Medio Ambiente.

Os refuxios de fauna son aqueles terreos cinexéticos nos que estará permanentemente prohibida a caza, por razóns biolóxicas, científicas ou educativas. Nestas áreas é posible, por circunstancias especiais, autorizar determinados aproveitamentos cinexéticos.

Nos terreos cinexético-deportivos poderase practica-la caza con ánimo deportivo, de acordo coa lexislación específica das prácticas deportivas e sen ánimo de lucro. Esta modalidade necesita unha superficie continua de entre cincuenta e duascenas cincuenta hectáreas.

As explotacións cinexéticas poden ser tanto para a produción de pezas de caza coma para a explotación comercial da actividade cinexética: no primeiro dos supostos deberán respecta-los requisitos das granxas cinexéticas e terán o mesmo réxime fiscal das explotacións agropecuarias. No segundo caso tratarase de granxas cinexéticas, e deberán de reunir unha superficie de entre cincuenta e mil hectáreas, no caso da caza menor, e de entre cen e dúas mil, no caso da caza maior.

Son granxas cinexéticas as explotacións agroindustriais dedicadas á produción de pezas de caza para a súa comercialización, vivas ou mortas. A súa instalación require un proxecto (con obra civil, orzamentos...), aspectos hixiénico-sanitarios, especies para criar, programa de produción e control e destino último das pezas; necesita así mesmo un servizo de asistencia zootécnico-sanitario, así como un libro-rexistro das pezas.

Tamén se poderán declarar determinadas áreas ou hábitats de Galicia como «de especial interese cinexético», nas que se articulará un réxime



especial de xestión cinexética que fomenta e garante a conservación dos hábitats e do patrimonio xenético (dentro das que está incluída a posibilidade de vedar toda ou parte da súa superficie, vedar unha determinada especie ou reduci-lo período hábil de caza), e onde as actuacións que poidan altera-las condicións do medio, ou afecta-las especies cinexéticas nas devanditas áreas, deberán contar cun informe previo da Consellería de Medio Ambiente.

Pero de tódalas categorías dos terreos de réxime cinexético especial, a máis estendida será a dos terreos cinexeticamente ordenados (Tecor). Estes poderán ser de carácter autonómico, municipal, societario ou particular, segundo que a xestión lle corresponda á Administración autonómica –directamente ou por medio de sociedades ás que se lles adxudique a xestión–; ós concellos –tamén directamente ou por medio de sociedades– ou xa a sociedades ou asociacións de cazadores legalmente constituídas; ou a persoas físicas ou xurídicas. Segundo, Lago García, os Tecor están chamados a se-la figura que substitúa os actuais coutos de caza (privados, locais ou sociais). Serán aquelas áreas do territorio susceptibles de aproveitamento cinexético e nas que a poboación cinexética debe estar protexida e fomentada, a cal se aproveitará de forma ordenada. O seu prazo de duración será dun mínimo de cinco anos e dun máximo de quince, aínda que renovables.

Unha das principais novidades introducidas pola LCG é que os Tecor necesitan unha superficie mínima e continua de dúas mil hectáreas, mentres que, coa vella lei de 1970, bastaba con 250 hectáreas para a caza menor e 500 para a caza maior. Esta distinción entre coutos de caza menor e maior tamén desaparece (mantense unicamente para as explotacións cinexéticas e para os terreos cinexético-deportivos), posto que a declaración supón a reserva de tódalas especies cinexéticas que se atopan nel, así como da titularidade dos dereitos e obrigas. Desaparece igualmente a posibilidade dos pequenos coutos dun único propietario. Considérase que é necesaria unha superficie maior para conseguir levar a cabo unha axustada xestión da riqueza cinexética dunha zona.

Dentro da superficie dos Tecor haberase de manter un mínimo do 10% do total como vedado de caza. Estes vedados terán que se manter cos mesmos lindeiros cando menos durante dous anos consecutivos. A finalidade desta figura é a de fomenta-la recuperación natural das especies cinexéticas, tendo en conta que tódolos datos apuntan na dirección de que as repoboacións con espécimes traídos de fóra, aínda que se fagan con tódalas cautelas que a lei establece (con autorización da Administración e, provenientes dunha granxa cinexética ou dunha explotación cinexética autorizada, con garantías sanitarias), non resultan excesivamente «exitosas», e a taxa de supervivencia destes exemplares resulta certamente escasa.

Outro dos requisitos imprescindibles dos Tecor –e do que procede o



seu nome- cífrase na obriga de ter un plan quinquenal de ordenación cinexética, que sirva para unha axustada xestión dos recursos cinexéticos, sen obstaculiza-lo resto da fauna silvestre, e respectando o resto da normativa xeral, como a relativa ós períodos hábiles para exercita-la caza. Estes plans de ordenación cinexética deben incluí-los datos do estado cinexético dos Tecor, nos que teñen que figurar, como mínimo, *a definición e descrición das unidades de xestión e inventariación e a estimación de parámetros poboacionais como abundancia e productividade das especies obxecto de aproveitamento, así como unha avaliación da capacidade de carga do hábitat* (artigo 44 LCG). Incluirase así mesmo:

- a) *O establecemento dos obxectivos da ordenación, de acordo coa información recollida na fase de inventario.*
- b) *A estimación da extracción sostible en función da evolución prevista das poboacións.*
- c) *A zonificación da área, un sistema de seguimento da propia planificación e unha previsión de mecanismos correctores.*
- d) *Tamén figurarán articuladas no tempo as accións de conservación das especies cinexéticas, así como, se é o caso, doutras especies silvestres.*
- e) *As accións e modalidades complementarias articuladas no espacio e no tempo, como o adestramento de cans, a solta-captura e outras similares.*
- f) *Calquera outro aspecto que regulamentariamente se determine.*

Estes plans de ordenación cinexética son de duración quinquenal e debe redactalos un técnico competente na materia.

Para desenvolver estes plans, débense dicta-los plans de aproveitamento, de vixencia anual, que, de acordo co teor literal do artigo 43, deben conter, polo menos, *as especies cazables, as cotas de capturas, os períodos, o número de xornadas de caza, o número de cazadores diarios, as zonas de aplicación e modalidades de caza e calquera outra cuestión relacionada co exercicio da caza*. Evidentemente, de conformidade co mantido polo relator, os plans de aproveitamento non poden contradicir, nin o disposto nos plans de ordenación, nin na normativa xeral de aplicación, principalmente a LCG, os regulamentos que no seu día a desenvolvan ou a orde anual de vedas.

Outra modificación da lei fai referencia ó procedemento de declaración dos Tecor: na maior parte dos casos é necesario acreditar documentalmente, cando menos, a titularidade cinexética do 75% dos terreos para os que se solicite a declaración (a excepción á norma son os Tecor de carácter particular, nos que haberá que acredita-la titularidade cinexética da totalidade dos terreos solicitados). Os terreos dos que conste a negativa dos seus titulares para se integren nos Tecor deben ser sinalados como excluídos deste. Se superan as cincocentas hectáreas continuas terán a consideración de terreos de réxime cinexético común, e no suposto de que non alcanzasen esa extensión, pasarían a te-la consideración de refuxios de fauna, polo que non se podería practica-la caza neles. Ese 25% dos

terreos onde non se acredita a titularidade cinexética teñen a posibilidade de solicita-la súa segregación do Tecor.

En canto á extinción dos Tecor, ademais das causas que recollía a antiga lei de 1970 –incumprimento das condicións ou perda da titularidade cinexética dos terreos, de maneira que a superficie que integran non chegue ás dúas mil hectáreas–, engádesse a comisión de determinadas infraccións graves ou moi graves, e o transcurso do prazo de cesión dos dereitos cinexéticos, se non se procedese á súa renovación.

Como outro aspecto certamente salientable da LCG cabe cifra-la regulación das indemnizacións por danos. Concretamente, o artigo 23 establece que *os titulares dos aproveitamentos cinexéticos en terreos suxeitos a réxime especial responderán dos danos e das lesións ocasionados por especies cinexéticas procedentes deses terreos*. Así mesmo, a Consellería de Medio Ambiente, logo da instrución do correspondente expediente de valoración, indemnizará os danos efectivamente producidos polas especies cinexéticas procedentes de terreos cinexéticos de aproveitamento común, dos Tecor autonómicos da súa administración, das reservas de caza, dos refuxios de fauna e de calquera outro terreo no que a administración e xestión lle correspondan a esta consellería.


A Administración autonómica ten a obriga inescusable de velar polo bo estado sanitario das especies cinexéticas. Consecuentemente, toda solta de espécimes cinexéticos en terreos de réxime cinexético especial requirirá autorización administrativa; nos refuxios de fauna, nos terreos non cinexéticos e naqueles de aproveitamento cinexético común, soamente poderán ser realizadas pola consellería. Os espécimes deberán proceder dunha granxa cinexética ou dunha explotación cinexética autorizada, con garantías sanitarias. No caso de proviren de capturas en terreos abertos deberán acreditar a súa procedencia e a legalidade da súa captura, así como o correcto estado sanitario no que se encontren.

Outra figura destacable é a dos gardas de campo de caza. A LCG obriga os Tecor a dispoñer dun servizo de vixilancia, e remite o desenvolvemento regulamentario ós requisitos necesarios para outorga-lo nomeamento de gardas de campo de caza, así como o seu réxime de funcionamento.

Sen prexuízo igualmente do seu correspondente desenvolvemento regulamentario, tamén se recolle na lei a figura das entidades colaboradoras (que serán aquelas que leven a cabo accións a prol da riqueza cinexética, da conservación das especies e do seu hábitat, así como do seu ordenado aproveitamento), a figura dos comités –provinciais e galego– de caza (como órganos de asesoramento á Administración, de representación das organizacións de cazadores e doutros grupos vinculados á caza) e a Comisión de Homologación de Trofeos de Caza.

Para concluír, e despois de falar do réxime fiscal dos terreos cinexéticos, nos que a LCG se remite ó seu desenvolvemento regulamentario, dedícanse os títulos IX e X ó tema das infraccións e sancións, así como ó

registro de infractores de caza, establecido pola Lei 4/1989. En canto ás infraccións, establécese unha gradación en leves, graves e moi graves, cunhas sancións que abranguen as multas, de dez mil ata cinco millóns de pesetas; a retirada da licenzia de caza, ata dez anos; e a suspensión ou anulación da actividade cinexética ou a inhabilitación para ser titular dun terreo de réxime cinexético especial por un prazo de ata cinco anos.

Como xa deixei constatado, a indubidable relevancia e repercusión das xornadas traducíuse finalmente no significativo feito de que a EGAP considerou necesaria e de total interese a divulgación e publicación dos textos que serviron de base á correcta exposición dos respectivos autores, para que a través da súa difusión se poida afondar nun maior coñecemento e comprensión dos diversos problemas que presenta a explotación cinexética e do papel da Administración, e concretamente da Administración galega, en toda esta materia regulada tan recentemente na nosa comunidade. 





## XORNADAS DE ESTUDIO SOBRE A LEI DE COOPERATIVAS DE GALICIA

(EGAP, Santiago de Compostela, 29 y 30 de noviembre de 1999)

**Alfredo Romero Gallardo**

Becario Predoctoral adscrito al Área de Derecho  
Mercantil de la Universidad de A Coruña

**D**urante los dos últimos días del mes de noviembre de 1999 se celebraron en la sede compostelana de la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP) unas interesantes jornadas sobre la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, que contaron con la asistencia de numeroso público.

El acto de apertura de estas jornadas se llevó a cabo en la mañana del día 29 de noviembre y corrió a cargo de D. Domingo Bello Janeiro, director de la Escuela, y de D. Manuel Botana Agra, en representación de los directores de las mismas. El profesor Botana Agra, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, señaló que su objetivo principal era dar a conocer los aspectos más significativos de la primera Ley gallega de sociedades cooperativas. Por su parte, el Sr. Bello Janeiro añadió que pretendían además abrir un foro de debate que pusiera de manifiesto la importancia de las cooperativas en el marco actual de la economía gallega (en cuanto que formas sociales idóneas para combinar armónicamente iniciativa empresarial con estabilidad del empleo), al tiempo que contribuyera a fomentar y promover el movimiento cooperativista dentro de nuestra Comunidad Autónoma. Las jornadas sirvieron también para presentar el libro *Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia* (EGAP, Colección «Xornadas e Seminarios», nº 25, Santiago de

Compostela, 1999), obra colectiva en cuya elaboración han tomado parte tanto los oradores que intervinieron en sus sesiones, como otros destacados especialistas en Derecho y Economía.

1. La conferencia inaugural, titulada «La nueva Ley de Cooperativas de Galicia, dentro del marco de la legislación estatal y autonómica en esta materia», fue pronunciada por D. Manuel Pérez Losada, encargado del Registro Central de Cooperativas y miembro de la comisión redactora del Anteproyecto de la Ley. El ponente centró su explicación en las cuatro directrices básicas que a su juicio orientan la Ley gallega y que constituyen el denominador común de ésta con otras Leyes coetáneas sobre cooperativas (las Leyes autonómicas de Andalucía, Aragón, Extremadura, Madrid y Valencia, así como la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio).

En primer lugar, habló de la tendencia de nuestra Ley a reforzar el carácter empresarial de las cooperativas, que busca impulsar su intervención en el mercado para asegurar su competitividad y su supervivencia en él, lo que indudablemente conduce a su alejamiento de aquella concepción altruista que las catalogaba como entidades sin ánimo de lucro.

En segundo término, se refirió a la potenciación de su autonomía: la Ley gallega confiere a estas sociedades un mayor grado de autorregulación a través de los estatutos y de los propios órganos sociales, a fin de lograr la mejor adecuación de sus preceptos legales a las necesidades particulares de cada cooperativa.

Una tercera directriz resaltada fue el respeto de la Ley a los principios cooperativos establecidos por la Alianza Cooperativa Internacional y fundamentalmente a aquéllos orientados a la defensa de las garantías y derechos de los socios; ese respeto aparece expresamente declarado en su artículo 1.4, cuando indica que la sociedad cooperativa gallega ajustará su estructura y su funcionamiento a tales principios.

Finalmente, Pérez Losada aludió al fomento del cooperativismo, directriz que ha sido fortalecida con gran entusiasmo por nuestro legislador autonómico, destacando a este respecto la creación del Consejo Gallego de Cooperativas como «máximo órgano de promoción y difusión del cooperativismo en la Comunidad Autónoma» (art. 135.1): su composición será muy heterogénea, integrándose mayoritariamente por representantes del sector, lo que favorecerá el desarrollo futuro del movimiento cooperativista en Galicia.

El conferenciante concluyó su intervención subrayando cómo la Ley 5/1998 ha supuesto un gran avance legislativo frente a la regulación anteriormente aplicable a nuestras cooperativas; avance que se ha llevado a cabo de manera no traumática y que ha introducido considerables mejoras en aquellos aspectos en los que la legislación estatal precedente (la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas) mostró serias caren-



cias para amoldarse a la realidad cooperativa gallega: la nueva norma se adapta perfectamente a nuestro entorno socio-económico y a las perspectivas del sector de cara al nuevo milenio.

Tras esta completa exposición de las líneas esenciales de la Ley, las jornadas se orientaron hacia un examen más concreto y detallado de las piezas claves de su regulación, a través de breves relatorios que se agruparon por módulos.

2. El primer módulo también se desarrolló en la sesión matinal del día 29 de noviembre y tuvo como temas de estudio el concepto y la constitución de la cooperativa, así como el estatuto legal de sus socios. Los profesores de Derecho Mercantil Gómez Segade, Lema Devesa, Costas Comesaña y Fernández-Albor Baltar fueron sus relatores, correspondiendo el papel de moderador al también profesor de la misma disciplina Tato Plaza.

2.1. D. José Antonio Gómez Segade, catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela, se encargó de iniciar las disertaciones explicando los rasgos configuradores de la sociedad cooperativa en la Ley 5/1998. Después de una rápida referencia a los orígenes y a la evolución histórica de la cooperativa en el mundo y en España, analizó las notas más relevantes que presenta en la Ley y que se extraen con facilidad de la amplia y genérica definición de cooperativa que recoge el artículo 1.1.

Se trata, ante todo, de una sociedad, porque así lo dice la propia Ley, de ahí que ya no tenga sentido cuestionar su carácter societario. En cuanto a su capital, variará en función de la entrada y salida de socios (el llamado principio de «puertas abiertas» es claramente acogido por la definición legal al caracterizar a la cooperativa como una sociedad «en régimen de libre adhesión y baja voluntaria»); además, el artículo 5 exige un capital mínimo de constitución y de funcionamiento (de 500.000 pts.) que fue particularmente criticado por el relator, a quien le chocaba que no fuera preciso para una sociedad colectiva, pero sí para una cooperativa. Respecto a su estructura y gestión, serán siempre de carácter democrático, rasgo éste que, en su opinión, si bien no se erige en una especialidad exclusiva, sí constituye una nota genética de la cooperativa que la diferencia de las sociedades de capital, estructuradas y gestionadas de un modo plutocrático y oligárquico.

Otras cualidades destacadas por Gómez Segade fueron el carácter instrumental de la cooperativa, que busca «prestar servicios» y «satisfacer necesidades y aspiraciones de sus socios» (reflejando de este modo la asunción por la Ley del principio de identificación socio=cliente de la cooperativa); su espíritu empresarial, aceptado plenamente por la definición legal cuando afirma que la cooperativa «desarrolla una empresa de propiedad conjunta», que podrá ejercer, como agrega el apartado 3 del

propio artículo 1, «cualquier actividad económico-social»; o el principio de autogestión, reconocido de forma explícita en el apartado 2 del mismo precepto al señalar que «la gestión y el gobierno de la sociedad cooperativa corresponden exclusivamente a ésta y a sus socios».

2.2. Por su parte, D. Carlos Lema Devesa, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, expuso el régimen de constitución social conforme al Capítulo II del Título I de la Ley (arts. 11 a 17). La sociedad cooperativa gallega puede constituirse por fundación simultánea o por fundación sucesiva. La primera vía requiere «escritura pública que se inscribirá en el correspondiente Registro de Cooperativas, adquiriendo en este momento personalidad jurídica» (art. 11.1).

La segunda vía resulta un poco más complicada, pues exige un proceso constituyente que es regulado por el artículo 12. Según su apartado 1, antes de elevar a pública la escritura de constitución «deberá tener lugar la asamblea constituyente, que estará integrada por los promotores de la sociedad y que designará de entre ellos a quien haya de ejercer de presidente y secretario de la misma». El apartado 2 complementa al anterior diciendo que tal asamblea deliberará y adoptará acuerdos sobre todos los extremos necesarios para otorgar la correspondiente escritura, aprobando en todo caso los estatutos de la cooperativa y designando entre los promotores a las personas que procederán a su otorgamiento (por regla general serán como mínimo cuatro, salvo en las cooperativas de trabajo asociado, donde podrán ser tres).

Con relación a la escritura, Lema Devesa comentó que la Ley gallega sigue fielmente lo dispuesto en la legislación estatal, previendo dos opciones en el apartado 1 de su artículo 16: en los supuestos de fundación sucesiva será otorgada por todas las personas designadas al efecto por la asamblea constituyente, mientras que en los casos de fundación simultánea le corresponderá otorgarla a la totalidad de los promotores. En cuanto a su contenido, el apartado 2 del mismo precepto enumera las menciones obligatorias de la escritura constitutiva, entre las cuales se encuentran la manifestación de la voluntad de fundar la cooperativa y, por supuesto, los estatutos sociales.

Sobre éstos, el relator destacó como novedad muy positiva de la Ley la posibilidad de que los promotores soliciten la previa cualificación del proyecto de estatutos ante el registro de cooperativas competente (a ella se refieren el art. 12.1 *in fine* y, sobre todo, el art. 15). De la misma manera examinó el artículo 14, donde se recogen las menciones que deben integrar el contenido mínimo de la normativa estatutaria: a su juicio, dicho contenido ha sido redactado de un modo tan extenso (consta de 17 menciones), que realmente podría pasar por un contenido máximo.

Las últimas palabras del profesor Lema Devesa fueron para la inscripción de la sociedad en el Registro de Cooperativas competente, ulterior requi-



sito constitutivo que ha de solicitarse en el plazo de dos meses desde el otorgamiento de la escritura pública (art. 17.1). El incumplimiento de esta exigencia podría dar lugar a que cualquier socio instase la disolución de la cooperativa en constitución y exigiese, tras la liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones; además, si la sociedad comenzase a actuar o continuase operando, le serían de aplicación «las normas reguladoras de las sociedades colectivas o, en su caso, las de las sociedades civiles» (art. 17.2).

2.3. D. Julio Costas Comesaña, profesor titular de la Universidad de Vigo, departió acerca del Registro de Cooperativas de Galicia y su regulación, contenida en el Título II de la Ley (arts. 97 a 102). Empezó su relatorio criticando las modernas Leyes de cooperativas como la gallega, por no tender hacia la formación de un sistema registral unitario y contribuir a la coexistencia de un gran conglomerado de sistemas registrales (cuyas normativas, sin embargo, no difieren mucho entre sí) que en nada beneficia a los principios de publicidad legal y financiera. Por ello defendió el acceso al Registro Mercantil como alternativa más adecuada para satisfacer plenamente la eficacia de tales principios: dado que en este registro se inscribe hoy cualquier tipo de empresa, la cooperativa gallega también podría hacerlo.

A continuación, dio cuenta de las notas más sobresalientes del Registro de Cooperativas de Galicia en la Ley, apuntando simultáneamente los aspectos en los que deberá incidir la normativa reglamentaria que se elabore para desarrollar su régimen jurídico. De su caracterización legal hizo particular hincapié en su naturaleza administrativa, jurídica y pública.

Por ser un órgano de la Administración autonómica («dependiente de la Xunta de Galicia, adscrito a la consellería competente en materia de trabajo», dice el art. 97.1) sus actos son en principio revisables en la vía contencioso-administrativa (obviamente, una vez agotadas las instancias administrativas de recurso). Este cauce jurisdiccional no parece, a criterio del relator, el más conveniente para resolver los recursos contra los actos del Registrador gallego de cooperativas, por lo que quizá fuera preferible permitir la revisión de dichos actos en la vía civil, tal y como sucede con los actos del Registrador mercantil. De ahí que acabe proponiendo que el futuro Reglamento del Registro contenga una remisión a los Tribunales judiciales del orden civil para que sean ellos quienes verifiquen la licitud de sus actos registrales.

El Registro gallego tiene, asimismo, carácter jurídico (art. 97.1) y, al igual que el Registro Mercantil, rige su actuación por los principios de publicidad material y formal, legalidad, legitimación, prioridad y tracto sucesivo (art. 99.1). Para Costas Comesaña, su Reglamento habrá de establecer mecanismos de coordinación con el Registro Central estatal y los demás Registros autonómicos de Cooperativas, e incluso con el Re-



gistro Mercantil Central, en caso de que las cooperativas gallegas acaben inscribiéndose en los Registros Mercantiles.

Por último, la Ley gallega califica al Registro de Cooperativas de Galicia como público (art. 97.2); así, su publicidad «se hará efectiva mediante la manifestación de los libros y documentos del archivo a que hagan referencia los asientos registrales o de certificación sobre tales asientos» (art. 99.2), presumiéndose que el contenido de tales libros y demás documentos registrales «es exacto y válido, y conocido por todos, no pudiendo alegarse su ignorancia» (art. 97.3). Sobre este punto, el profesor Costas advirtió que el futuro Reglamento tendrá que aclarar si a este registro podrá acceder cualquier persona o solamente aquéllas que acrediten un interés legítimo.

2.4. D. Ángel Fernández-Albor Baltar, profesor titular de la Universidad de Santiago de Compostela, cerró los relatorios de este módulo abordando tres relevantes aspectos del estatuto jurídico del socio ordinario: su ingreso en la cooperativa, los derechos que adquiere al asumir la condición de socio y su salida de la sociedad.

Siguiendo el apartado 1 del artículo 18, podrán ser socios de las cooperativas de primer grado «tanto las personas físicas como las jurídicas, públicas o privadas, y las comunidades de bienes»; respecto de las cooperativas de segundo grado, solamente lo serán «las sociedades cooperativas y los socios de trabajo de aquéllas, así como otras sociedades de carácter no cooperativo cuando exista la necesaria convergencia de intereses y necesidades, siempre y cuando los estatutos no lo prohíban». Sin embargo, adiciona el apartado 3 que «nadie podrá ser socio de una cooperativa a título de empresario, contratista, capitalista u otro análogo respecto a la misma o a los socios como tales».

Según el relator, en este contexto podrían suscitarse problemas de libre competencia e incluso de competencia desleal, de ahí que el artículo 24 prohíba a los socios realizar «actividades competitivas con las propias desarrolladas por la cooperativa» (letra d) y les imponga el deber de «guardar secreto sobre aquellos asuntos y datos de la cooperativa cuya divulgación pueda perjudicar los intereses de la misma» (letra e). Además, en él rige el ya citado principio de «puertas abiertas» (el primer principio de la Alianza Cooperativa Internacional), por el que no cabe colocar puertas que obstaculicen la entrada o la salida de la sociedad, aunque sí algunos márgenes o exigencias para tener acceso a las cooperativas especiales del Título III. Con arreglo al artículo 19.1, el aspirante a socio habrá de cumplir no sólo «requisitos legales» (tanto los generales para ingresar en una cooperativa ordinaria, como los específicos para hacerlo en un tipo especial de cooperativa), sino también «estatutario...», sin que estos últimos puedan quedar vinculados a motivos ilícitos o inconstitucionales», como podrían ser, por ejemplo, aquéllos que vulneren las normas de De-

recho de la Competencia o los que impliquen discriminaciones por razones ideológicas, étnicas u otras.

Tras resolverse positivamente su solicitud de admisión en la sociedad (según el procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del art. 19) y realizar la suscripción de la aportación obligatoria mínima (prescrita por el último inciso del apartado 1), el aspirante ya puede considerarse socio con todos los derechos inherentes a tal condición. A partir de entonces, podrá conocer toda la información necesaria sobre la marcha de la sociedad (estatutos sociales, libros contables, etc.), pero sobre todo tendrá derecho a participar en su actividad interna y externa.

Su participación en la actividad cooperativizada es, al mismo tiempo, un derecho legal no sometido a circunstancias discriminatorias (art. 22.1.c) y un deber del socio exigible por la sociedad en los términos pactados (art. 24.c).

Por lo que se refiere a la participación en los asuntos internos de la cooperativa, el socio posee los derechos políticos típicos de las sociedades mercantiles (información, asistencia, voz y voto en las reuniones de los órganos sociales de los que sea miembro; art. 22.1.b), que se hallan matizados en la cooperativa gallega: así, el derecho de información es más intenso que en las sociedades de capital (art. 23); el derecho de asistencia es un deber obligatorio (art. 24.a); y el voto es por cabezas (art. 36.1), aunque es posible que los estatutos de cooperativas especiales prevean un voto plural ponderado en proporción al volumen de la actividad que se desenvuelva dentro de la cooperativa, que en ningún caso podrá ser superior a 5 votos sociales (art. 36.2).

En cuanto a la salida del socio, éste «podrá darse de baja voluntariamente... en cualquier momento, mediante preaviso por escrito al órgano de administración», cuyo plazo lo «fijarán los estatutos» y «no podrá ser superior a un año», generando su incumplimiento una «indemnización de daños y perjuicios» (art. 20.1). La Ley también permite que los estatutos obliguen a sus socios a no darse de baja libremente sin causa justificada y prevé los casos de bajas justificadas (art. 20.3). El relator terminó su intervención refiriéndose a las bajas obligatorias (contempladas en el art. 20.4) y, sobre todo, a los supuestos de expulsión de socios (art. 26), que suelen resultar muy conflictivos: de acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la expulsión será acordada por el consejo rector y no por la asamblea general de la cooperativa, debiendo ser la decisión al respecto motivada, referida a hechos probados y conforme al régimen sancionador establecido en los estatutos.

3. La sesión vespertina comenzó con una conferencia sobre la fiscalidad de las sociedades cooperativas, a cargo de D. Antonio López Díaz, profesor titular de Derecho Tributario y vicerrector de la Universidad de



Santiago de Compostela, y de D. Ignacio Fernández Fernández, inspector jefe de la Delegación en Galicia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. El profesor López Díaz se dedicó a perfilar de manera sucinta las pautas definidoras del régimen fiscal aplicable a nuestras cooperativas, mientras que el Sr. Fernández Fernández se ocupó de las reglas que integran dicho régimen.

Esta materia no forma parte del contenido de nuestra Ley de cooperativas por motivos de carácter competencial: el régimen fiscal de las cooperativas no es sino un régimen impositivo de ámbito estatal (aquellas están sujetas al pago de un importante tributo de este ámbito, el Impuesto de Sociedades) y en la actualidad nuestra Comunidad Autónoma carece de competencias para regular impuestos estatales y locales; de aquí que ese régimen se encuentre en una Ley del Estado, la número 20/1990, de 19 de diciembre, sobre el Régimen Fiscal de las Cooperativas.

Dicha Ley (que fue modificada y complementada por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, y que recientemente ha sufrido una pequeña reforma en su art. 24.1, introducida por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) viene a dar cumplimiento al mandato constitucional de fomentar el cooperativismo «mediante una legislación adecuada» (art. 129.1 de nuestra vigente Carta Magna de 1978), tratando de adaptarse a las singulares características de las sociedades cooperativas. Para ello contiene dos tipos de normas. De un lado, las normas técnicas de ajuste, cuyo objetivo es determinar la deuda tributaria de estas sociedades; tales normas se aplican a cualquier clase de cooperativa y afectan a todo el esquema impositivo del Impuesto sobre Sociedades (base imponible, cuota íntegra, deducciones, bonificaciones), estableciendo criterios de valoración ajustados a las peculiaridades de las cooperativas. Y de otra parte están las normas incentivadoras o beneficios fiscales, que reconocen incentivos y bonificaciones en materia fiscal para dichas sociedades en función de su clase y de sus circunstancias, fijando dos niveles de protección fiscal o, si se prefiere, de beneficios tributarios: el de las cooperativas protegidas (art. 6 de la Ley 20/1990) y el de las cooperativas especialmente protegidas (arts. 7 y 8.4 del mismo texto legal).

4. Después fue expuesto el módulo II, que versó sobre la organización, el régimen económico y la contabilidad de las cooperativas gallegas. En él tomaron parte D. Anxo Tato Plaza, profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo, Dña. Gemma Fajardo García, profesora titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia, y Dña. Belén Fernández-Feijóo Souto, profesora titular de Contabilidad de Costes de la Universidad de Vigo; todos ellos fueron moderados por el profesor Botana Agra.



4.1. El primero en intervenir fue el profesor Tato Plaza, que habló de las novedades más significativas de nuestra Ley 5/1998 en materia de organización de la sociedad cooperativa. En esta Ley subyace con fuerza la tensión entre eficacia y democracia, es decir, entre la búsqueda de la competitividad externa de la cooperativa y el logro de su plena democratización interna: ante este desafío, el legislador gallego ha optado por potenciar la eficacia al reforzar el carácter empresarial de la cooperativa, provocando una doble tendencia: la de profesionalizar los órganos sociales (especialmente el órgano encargado de la administración) y la de delimitar las competencias entre la asamblea general y el consejo rector.

Como medidas legales en favor de la primera tendencia, sobresale la posibilidad estatutaria de incorporar a personas físicas no socias de la cooperativa como miembros del consejo rector (aunque no podrán ocupar su presidencia, ni su vicepresidencia; art. 44.1) y como interventores (art. 53.1 *in fine*), lo que fue valorado muy positivamente por el relator, dado que esas personas ajenas a la sociedad pueden poseer una cualificación profesional y una experiencia técnica o empresarial para desempeñar tales cargos de la que carecen los socios.

La segunda tendencia aparece aludida en la Exposición de Motivos cuando asevera que la Ley potencia la autonomía de la sociedad «definiendo y delimitando las competencias y responsabilidades» de los órganos sociales en el ejercicio de sus funciones internas; pero es plasmada concretamente en los artículos 30 y 31 (referidos a la asamblea general), así como 41 y 42 (relativos al consejo rector). Para Tato Plaza, se produce una relevante contradicción de los artículos 30 y 31 (de los que infiere que la asamblea general sólo puede deliberar pero no decidir sobre la política general de la cooperativa) y el artículo 41.1 (donde se afirma que la política general será «fijada por la asamblea general»). A consecuencia de este problema, queda en entredicho el objetivo del legislador gallego de conseguir un equilibrio entre competitividad *ad extra* y democratización *ad intra*, en la medida en que la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión empresarial de la cooperativa puede conllevar, sin embargo, el detrimento del principio de democracia interna.

4.2. A continuación, tomó la palabra la profesora Fajardo García para referirse al régimen económico de las cooperativas gallegas. Dedicó los primeros momentos de su relatorio a la actividad cooperativizada y a la participación en ella de los socios y de otros sujetos ajenos a la sociedad. A pesar de que el artículo 1.3 de la Ley gallega afirma que la sociedad cooperativa podrá desarrollar cualquier actividad económico-social, el Título III limita sus actividades en función del tipo de cooperativa de que se trate. En cualquier caso, la participación de los socios resulta imprescindible para el buen desarrollo de la actividad cooperativizada, a fin de que la cooperativa llegue a conseguir su objeto social de satisfacer las ne-

cesidades y aspiraciones de aquéllos. Así se explica que la Ley configure dicha participación no solamente como un derecho, sino también como una obligación inherente a la condición de socio.

Junto a los socios ordinarios, podrán participar en las actividades y servicios de la cooperativa dos exclusivas modalidades de socios creadas por nuestra Ley: el socio colaborador, figura equivalente a la del «asociado» de otras legislaciones cooperativas, que tendrá la posibilidad de colaborar en la consecución del objeto social cooperativo (art. 29.1); y el socio excedente, que es aquél que deja de ser socio activo por una causa justificada, pero que sigue manteniendo una vinculación con la cooperativa a través de sus aportaciones al capital social (art. 28).

Igualmente, el artículo 8 admite que las cooperativas gallegas puedan realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios dentro de ciertos límites establecidos por la propia Ley. Tales límites son en realidad topes porcentuales máximos sobre las operaciones de la sociedad con los socios, que nuestra Ley ha ampliado considerablemente, variando según la clase de cooperativa con la que los terceros operen, lo que crea una disparidad de porcentajes de unos a otros tipos de cooperativas que no tiene mucho sentido, en opinión de la relatora.

Por otra parte, su artículo 9 habilita a los estatutos para constituir secciones: se trata de unidades con autonomía gestora y patrimonial dentro de la cooperativa, cuya misión consistirá en desenvolver actividades económicas específicas, derivadas o complementarias del objeto de la sociedad. La profesora Fajardo estimó que, a pesar de que su régimen legal semeja ser un tanto insuficiente (se compone de dos únicos preceptos: los artículos 9 y 10), las garantías dispuestas en él le parecen plausibles.

También se refirió al capital social, principal medio de la cooperativa para financiar sus actividades y servicios. Su carácter variable hace posible la vigencia del principio de «puertas abiertas» y permite la coexistencia de dos cifras de capital: la estatutaria, una cifra de carácter estable que es fijada en los estatutos, y la real o contable, que sufrirá variaciones a lo largo de la vida de la cooperativa. Del capital mínimo de constitución y de funcionamiento que impone el artículo 5.1 simplemente señaló que resulta razonable, no compartiendo las críticas vertidas contra él por Gómez Segade en la sesión vespertina.

Tras hacer una somera referencia a la regulación de las aportaciones de los socios al capital social (arts. 58 a 64 de la Ley), sus últimas palabras fueron para las reservas, así como para la determinación y distribución de los resultados obtenidos de la actividad cooperativizada.

Respecto de los fondos sociales de reserva, la Ley habla de fondos obligatorios y de fondos voluntarios. Dejando al margen los que se crean de forma libre y voluntaria (que pueden tener carácter irrepartible o repartible en todo o en parte), los fondos sociales obligatorios son, de acuerdo



con el artículo 68, dos: el Fondo de Reserva Obligatorio, que se destina a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa y que tiene, según Fajardo, un «cuestionable» carácter irrepartible; y el Fondo de Promoción y Formación Cooperativa, cuya finalidad es formar a los socios y fomentar las relaciones intercooperativas.

Por lo que respecta a la determinación y distribución de los resultados, la relatora comentó algunas peculiaridades de la Ley, como el criterio mixto de gasto deducible del artículo 66.2, la asignación de los beneficios procedentes de las operaciones con terceros al Fondo de Reserva Obligatorio (art. 66.3) o la falta de distinción entre las pérdidas ocasionadas, que se repercuten sobre todos los socios cuando –a su parecer– sólo deberían repercutirse sobre aquéllos que se han beneficiado.

4.3. El último relatorio del módulo II acometió el estudio de la contabilidad en la cooperativa, que fue abordado por la profesora Fernández-Feijóo Souto. Desde el punto de vista contable, la sociedad cooperativa ha de ser observada como una empresa, es decir, como un conjunto de medios que persiguen un objetivo común: en la cooperativa, ese objetivo consiste en satisfacer las necesidades de los socios mediante el mantenimiento de la sociedad a largo plazo; además, ha de competir en el tráfico económico con otras organizaciones, por lo que debe estar preparada para el mercado.

Bajo esta óptica, la relatora sostuvo que la empresa cooperativa reúne las condiciones perfectas para implantar en ella los nuevos criterios de contabilidad de gestión, y que los socios toman parte en tres flujos de la misma: el flujo información-decisión, relativo a la participación en la toma de decisiones con la máxima información posible; el flujo real, referido a la intervención en el proceso productivo; y el flujo financiero, alusivo a la aportación de recursos y al seguimiento financiero de la empresa.

Tales flujos se corresponden con las tendencias actuales de la empresa moderna, merced a las cuales, el Gobierno, los trabajadores, los socios capitalistas y los terceros participan de algún modo en sus actividades. Fernández-Feijóo sólo se interesó por el flujo información-decisión, que es donde la contabilidad manifiesta su doble importancia para la empresa cooperativa: los datos contables resultan necesarios para tomar decisiones y también para que el socio participe en el proceso empresarial de la cooperativa.

La información contable posee dos aspectos básicos: de una parte, la contabilidad financiera, que mide fielmente la situación patrimonial de la empresa; y, de otra, la contabilidad de gestión, que determina cómo la empresa debe utilizar los medios y recursos de que dispone. La Ley gallega se refiere únicamente a la contabilidad financiera y no de manera afortunada a juicio de la relatora, puesto que ofrece un tratamiento demasiado extenso y a veces equívoco de los aspectos contables. Por ello,



concluyó reclamando la elaboración de una normativa contable adaptada específicamente a las sociedades cooperativas gallegas, con la que se lograría algo que no proporciona la Ley 5/1998: una información contable más ordenada y transparente.

5. La sesión vespertina finalizó con la intervención del profesor Botana Agra, que expuso todo el módulo III, dedicado a las modificaciones estatutarias y estructurales, así como a la disolución, liquidación y extinción de la cooperativa.

Su disertación se inició con las modificaciones estatutarias, cuya razón de ser se localiza en la constante evolución a que se ve sometida la sociedad cooperativa, que ha de acoplarse a las nuevas necesidades que le van surgiendo durante su vida, a consecuencia –fundamentalmente– de la continua evolución del mercado en el que opera. Muchas veces, ello le obliga a cambiar algunos de sus elementos básicos (su denominación, su domicilio social, su capital mínimo estatutario o la composición de su órgano de administración, entre otros) y, por ende, la configuración original de tales elementos en sus estatutos.

Para efectuar las modificaciones estatutarias de forma jurídicamente válida, el artículo 74 de la Ley gallega establece una serie de requisitos con carácter imperativo. Su apartado 1 ordena que la modificación de los estatutos se haga por acuerdo de la asamblea general, bajo tres condiciones: 1) que quienes promuevan la modificación presenten un informe escrito sobre su conveniencia y justificación; 2) que los extremos de la misma se expresen con la debida claridad en la convocatoria de la asamblea; y 3) que el acuerdo sea tomado por una mayoría de dos tercios de los votos presentes y representados.

Además, algunas modificaciones exigen una publicidad especial por surtir efectos sobre terceros: así, el cambio acordado sobre la denominación, el domicilio, el objeto social o el capital social mínimo «se anunciará en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia del domicilio social de la cooperativa y en el Diario Oficial de Galicia con carácter previo a su inscripción» (apartado 2).

Otras, empero, otorgan un derecho de separación a los socios disidentes: en los casos de cambio de clase de la cooperativa o de modificación sustancial de su objeto social, de las condiciones para ser socio y de sus obligaciones, el apartado 3 concede tal derecho a «los socios que hayan votado en contra» y a «los que, no habiendo asistido a la asamblea, expresen su disconformidad por escrito dirigido al Consejo rector en el plazo de dos meses, a contar desde la inscripción del acuerdo en Registro de Cooperativas».

Por otra parte, Botana Agra criticó el vacío que la Ley gallega muestra respecto de los casos de disminución del capital mínimo, en los que los

acreedores deberían gozar de ciertas garantías que asegurasen la satisfacción de sus créditos. Sí prevé, en cambio, el aumento del capital mínimo estatutario, supuesto en el que «deberá acreditarse su total desembolso», conforme al último inciso del apartado 4.

En cuanto a las modificaciones estructurales, el relator indicó que nuestra Ley se ha inspirado directamente en la Ley estatal de 1999, en aras de aproximar el régimen de las cooperativas al sistema clásico de las sociedades mercantiles. El resultado es una regulación muy pareja a la de las sociedades anónimas, pero acomodada a las especialidades de la cooperativa.

Por lo que concierne a la fusión, la Ley 5/1998 crea una regulación de *ius cogens* (arts. 75 a 82) que trata de proteger los intereses de las sociedades que se fusionan (cuya unión produce bien el nacimiento de una sociedad cooperativa nueva, bien la absorción de todas ellas por otra ya existente), pero también los de sus socios (los disidentes podrán separarse de la cooperativa *ex* artículo 80) y los de sus acreedores (según el artículo 81, el anuncio de acuerdo de fusión deberá mencionar el derecho de oposición de los acreedores ordinarios de las cooperativas fusionadas; asimismo, la fusión no se llevará a efecto hasta que se satisfagan enteramente los créditos del acreedor o acreedores opuestos a ella).

Respecto a la escisión, el artículo 83 admite dos clases. Un primer tipo sería la escisión mediante la disolución sin liquidación de una cooperativa: en este caso, se dividen «su patrimonio social y el colectivo de socios en dos o más partes, que se traspasarán en bloque a cooperativas de nueva creación o absorbidas por otra u otras ya existentes», exigiéndose «el desembolso de las aportaciones suscritas y no desembolsadas por los socios de la cooperativa» (apartado 1). La escisión también puede consistir «en la segregación de una o varias partes del patrimonio y de los socios de la cooperativa, sin producir su disolución, traspasándose en bloque lo segregado a otras cooperativas de nueva creación o ya existentes» (apartado 2). En cualquier caso, serán aplicables a la escisión los preceptos de la Ley que regulan la fusión (apartado 3).

En cuanto a la transformación, que supone el cambio de forma social de una entidad sin la pérdida de su personalidad jurídica preexistente, se rige por los arts. 84 y 85 de la Ley, preceptos que plantean algún que otro problema de armonización con las Leyes estatales de sociedades anónimas y sociedades limitadas. El artículo 84 aborda la transformación de cooperativas en otras sociedades (transformación directa), mientras que el artículo 85 se encarga de la transformación de sociedades en cooperativas (transformación inversa).

Las tres fases del proceso de defunción jurídica de la cooperativa gallega (disolución, liquidación y extinción) ocuparon los momentos finales de su intervención. El Capítulo X del Título I (arts. 86 a 96) recoge su dis-



ciplina jurídica, que manifiesta un fuerte paralelismo con la normativa de otras sociedades mercantiles y especialmente con la LSA. Como ejemplos de la influencia del régimen general de la sociedad anónima sobre la Ley gallega en materia de disolución y liquidación, el profesor Botana Agra citó el catálogo de causas disolutorias de su artículo 86, la disolución por resolución judicial que prevé su artículo 87.2 *in fine*, la designación de un número impar de liquidadores que impone su artículo 89.1 o el principio de no adjudicar ni repartir el haber social hasta satisfacer íntegramente las deudas sociales, proceder a su consignación o asegurar el pago de los créditos no vencidos, que establece su artículo 93.1.

En la mañana del día 30 de noviembre tuvo lugar la última sesión de las jornadas, en la que fueron explicados los temas integrantes de los módulos IV y V.

6. «El asociacionismo cooperativo; la administración pública y las cooperativas» fue el título del módulo IV, que contó con la participación de los profesores Dávila Millán, García Llovet y Vázquez Pena.

6.1. Dña. Encarna Dávila Millán, profesora titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo, abrió el turno de intervenciones hablando de las asociaciones y de la representación cooperativa en nuestra Ley 5/1998. De acuerdo con su Preámbulo, la Ley diseña, en su Título IV (arts. 132 a 136), un asociacionismo cooperativo de estructura piramidal con una triple manifestación (uniones, federaciones y confederaciones), que busca «ordenar, clarificar y potenciar la representatividad de las sociedades cooperativas» al tiempo que «garantizar la esencia del movimiento cooperativo y ayudar a su consolidación, respetando en todo caso la autonomía y libertad de asociación».

Dice el apartado 1 del artículo 133 que «las uniones de cooperativas estarán constituidas al menos por cinco cooperativas de la misma clase», pudiendo formar parte de ellas «las sociedades cooperativas de segundo grado integradas mayoritariamente por cooperativas de la misma clase y también por sociedades agrarias de transformación». El párrafo final del mismo apartado añade que las cooperativas pertenecientes a clases que no cuenten con un número mínimo de sociedades necesario para crear una unión, «podrán asociarse entre sí con independencia de su número y de la clase a que pertenezcan».

Con relación a las federaciones de cooperativas, el apartado 2 señala que podrán constituirse con «dos o más uniones». Para incluir en su denominación la referencia a un concreto ámbito geográfico, las uniones y las federaciones habrán de acreditar que asocian, directa o indirectamente, «al menos el 25% de las cooperativas registradas en la zona geográfica correspondiente» (apartado 3).

De otra parte, con dos o más federaciones podrá formarse una confe-



deración, la cual solamente recibirá la denominación «confederación de cooperativas de Galicia» cuando agrupe, como mínimo, el 60 % de las uniones y federaciones gallegas y cuando entre todas ellas agrupen, a su vez, más del 30 % de las cooperativas registradas en nuestra Comunidad Autónoma y con actividad económica acreditada (apartado 4).

En ningún caso cabe la participación simultánea de una cooperativa en más de una unión, ni la de una unión en más de una federación, como tampoco la de una federación en más de una confederación (apartado 5).

Tras dar cuenta de las reglas comunes del artículo 134 para las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas gallegas, la profesora Dávila Millán puso fin a su relatorio enunciando el contenido de los artículos 135 y 136, que regulan la naturaleza, las funciones y la composición del Consejo Gallego de Cooperativas. Catalogado por la Ley como el máximo órgano de promoción y difusión del cooperativismo en Galicia, dicho Consejo viene a cubrir una importante laguna existente tanto en las relaciones de las cooperativas entre sí, como en las que éstas mantienen con las Administraciones Públicas.

6.2. Seguidamente tomó la palabra D. Manuel José Vázquez Pena, profesor titular interino de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña, que departió sobre las cooperativas de segundo o ulterior grado.

La Ley gallega les dedica el Capítulo II del Título III, integrado por un único pero extenso precepto, el artículo 130. El último apartado del mismo (el número 8) contiene una remisión a «la regulación de carácter general establecida en la presente Ley» para aplicarla de forma supletoria a todo aquello no previsto en el precepto. El relator criticó la expresión entrecuillada (resultado de una desafortunada actuación del legislador gallego, que no ha tenido en cuenta la experiencia al respecto del legislador estatal y de otros legisladores autonómicos), ya que estrictamente dicha «regulación de carácter general» sólo podría ser el conjunto de «disposiciones generales» recogidas en el Capítulo I del Título I (arts. 1 a 10), un régimen subsidiario demasiado parco e incompleto para estas cooperativas.

Ante esta situación, únicamente caben dos soluciones: una, potenciar su autorregulación, alternativa que no le pareció suficiente para regular aspectos tan importantes de su régimen jurídico como su constitución; y dos, acudir al régimen general de la clase de las cooperativas que la integren y, si éstas son de varias clases, al de aquélla que predomine, opción por la que Vázquez Pena se decantó, alegando razones de seguridad jurídica.

Acto seguido analizó las especialidades más sobresalientes del artículo 130. Así, en lo tocante a los socios, su apartado 1 indica que podrá serlo «cooperativas de la misma o distinta clase» (según el artículo 7.2, serán como mínimo dos) y «otras personas jurídicas públicas o privadas, siempre que no superen el 25% del total de socios» (la Ley acoge una línea

aperturista en la regulación de la composición social que también se aprecia en los apartados 1 y 2 del artículo 18).

Respecto de la asamblea general, el relator comentó dos aspectos en los que el artículo 130 incide: la representación de la persona jurídica que es socia de la cooperativa y la posibilidad de crear votos plurales por vía estatutaria.

El primero se rige por el apartado 3, conforme al cual, cada persona jurídica estará representada en la asamblea general «por la persona que tenga su representación legal», aunque también permite que su representación sea ejercida «por otro socio de la misma, si fuese designado a tal efecto para cada asamblea, por acuerdo de su órgano de administración». Esta última posibilidad plantea la cuestión de si ese socio sería un representante adicional que coexistiría con el legal, como sugieren algunos autores, lo que no convenció al profesor Vázquez Pena porque, entre otras razones, ello dificultaría gravemente el funcionamiento normal de la asamblea general.

Del segundo aspecto destacó la previsión del apartado 6 de que los estatutos puedan sustituir el voto por cabezas de los socios por un voto «proporcional al volumen de actividad cooperativizada desarrollada por cada uno de ellos con la cooperativa y/o al número de socios que integran la persona jurídica asociada». En cualquier caso, «el número de votos por socio no podrá ser superior al tercio de los votos totales», salvo que la sociedad esté integrada por tres cooperativas (el límite en este caso se elevará al 40%) o por dos (en cuyo caso, los acuerdos se tomarán por unanimidad). El problema puede surgir a la hora de definir los «votos totales»: Vázquez Pena consideró como tales los votos posibles de todos los socios existentes en la cooperativa de grado superior.

Otra peculiaridad aparece en el apartado 4: los componentes del consejo rector, los interventores y, en su caso, los miembros del comité de recursos y los liquidadores serán designados por «la asamblea general de entre sus socios», pudiendo preverse en los estatutos la integración del consejo rector y del órgano de administración por personas no socias, con arreglo a los límites y condiciones fijados por la Ley para las cooperativas de primer grado.

En sede de liquidación, resaltó los criterios de reparto del haber líquido resultante que establece el apartado 7: transferidos los fondos obligatorios al fondo de la misma naturaleza de cada sociedad miembro de la cooperativa, el resto del haber se distribuirá entre los socios «en proporción al importe del retorno percibido en los últimos cinco años o, en su defecto, desde su constitución»; en caso de que no se perciban retornos, el reparto se hará «en proporción al volumen de la actividad cooperativizada desarrollada por cada socio con la cooperativa o, en su defecto, al número de socios de cada entidad agrupada en la cooperativa».



El relator terminó poniendo de relieve la amplitud con que el artículo 131 regula las formas de colaboración económica entre cooperativas de primer y segundo grado.

6.3. El módulo fue cerrado por D. Enrique García Llovet, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela, que disertó sobre la intervención de la Administración Pública en el ámbito cooperativo a la luz de la Ley gallega.

La actitud de los poderes públicos ante el cooperativismo ha ido cambiando de manera radical con el paso del tiempo: así, de una postura inicial de recelo y de desconfianza se ha pasado a otra totalmente antagónica, caracterizada por una alta receptividad y sensibilidad de las autoridades administrativas hacia el fenómeno cooperativo, que encuentra su justificación en el mandato de fomentar las sociedades cooperativas que el artículo 129.2 de nuestra Constitución de 1978 impone a los poderes públicos.

Tras echar un rápido vistazo a los problemas de índole competencial que la materia «sociedad cooperativa» suscita (desde su difícil incardinación competencial –debida a la pluralidad de actividades que puede realizar– hasta cuestiones como la yuxtaposición de los títulos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas o su proyección territorial) y a las posibles actuaciones públicas en este campo (actividad de servicio público, actividad policial o de inspección y actividad de fomento de las cooperativas), el profesor García Llovet entró en el estudio de la Ley gallega destacando el meritorio equilibrio entre la intervención pública de la Administración y la autonomía de la cooperativa que esta norma consigue lograr.

Algunas potestades administrativas se asocian a la idea de fomento, como refleja el artículo 142, donde el Legislador gallego crea un conjunto de estímulos y beneficios económicos y jurídicos para nuestras cooperativas, que contribuirán a la expansión del sector cooperativo en nuestra Comunidad Autónoma.

Otras potestades reguladas por la Ley se vinculan a la idea de intervención. Así, su artículo 140 establece un procedimiento de intervención temporal de las cooperativas, que presenta, a juicio del relator, un defecto importante: la ausencia del trámite de audiencia de los interesados.

También se prevé un régimen de inspección en el artículo 138 con particularidades muy reseñables: p. ej., el asesoramiento que prestarán los inspectores «para evitar que las cooperativas incurran en infracción, pudiendo advertir y aconsejar en lugar de iniciar un procedimiento sancionador». Además, la potestad sancionadora en la Ley gallega es muy severa, agravando las sanciones enormemente (*vid.* su art. 139).

García Llovet finalizó su disertación haciendo una breve referencia al último instrumento de intervención pública de las cooperativas, la descalificación, cuyas causas y procedimiento se regulan en el artículo 141.



7. En el módulo V y último de las jornadas se ofreció una somera visión de algunas de las distintas clases de cooperativas que contempla la Ley 5/1998 en el Capítulo I de su Título III.

7.1. Abrió los relatorios D. José Luis García-Pita y Lastres, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña, que se ocupó de las cooperativas de crédito y de las cooperativas de seguros.

En su opinión, ambas son sociedades configuradas de acuerdo con un criterio funcional (son cooperativas especiales por la actividad que van a desempeñar) y cuya formación depende de dos tipos de voluntades, la de los socios y la de la administración pública, plasmada a través de la correspondiente autorización administrativa.

Las primeras tienen por finalidad «servir a las necesidades financieras activas y pasivas de sus socios y de terceros, mediante el ejercicio de las actividades y de los servicios propios de las entidades de crédito», y se regirán «por su normativa específica, así como por la legislación sobre entidades de crédito en general», resultándoles asimismo de aplicación con carácter subsidiario la Ley gallega de cooperativas y las normas que se dicten para su desarrollo (art. 127.1 y 2).

Las segundas, por su parte, son definidas *ex lege* como cooperativas que, de conformidad con la normativa ordenadora del seguro privado, «ejercen la actividad aseguradora en cualquiera de sus ramas», pudiendo «organizarse y funcionar como entidades a prima fija o a prima variable» (art. 128).

García-Pita dedicó su intervención a comentar de forma panorámica, pero rigurosa la regulación aplicable a ambas clases de cooperativas especiales, incidiendo en aspectos tales como los procesos para obtener la necesaria autorización administrativa, los requisitos para adquirir la condición de socio, los órganos sociales, el régimen económico y de control, las modificaciones estatutarias y las estructurales, así como el régimen concursal.

7.2. Después se cedió la palabra a D. Jacobo Izquierdo Alonso, profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo, que habló de las cooperativas del mar y de las cooperativas de explotación de recursos acuícolas.

La primera clase de cooperativas responde a la profunda raigambre marítima que desde siempre ha caracterizado a nuestra Comunidad Autónoma, constituyendo un medio de acceso de este relevante sector económico al cooperativismo. El artículo 117 las diseña como cooperativas de servicios cualificadas por la actividad que desarrollan, por el lugar donde se realiza, así como por los sujetos que las integran. Conforme a su tenor, «son... aquéllas que asocian a titulares de explotaciones dedicadas a actividades pesqueras, de industrias marítimo-pesqueras, marisqueo, acuicultura y derivadas, en sus diferentes modalidades de mar, rías,

ríos, lagos y lagunas, y a profesionales de dichas actividades», cuyo objeto consistirá en «la prestación de suministros y servicios y la realización de operaciones encaminadas a la mejora económica y técnica de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios».

Pero mayor novedad representa la cooperativa de explotación de recursos acuícolas, definida con una generosa amplitud por el artículo 118: se trata de una empresa formada por titulares de derechos de uso y aprovechamiento de bienes y títulos administrativos habilitantes, así como por quienes sólo aportan a ella su trabajo personal, que busca gestionarse realizando la explotación de recursos acuícolas en común. El apartado 3 del mismo precepto recoge un extensísimo catálogo de actividades a las que podrá dedicarse, pudiendo desenvolver prácticamente cualquier tipo de actividad relacionada con el proceso de explotación económica de los mencionados recursos.

El profesor Izquierdo Alonso también recaló que la disciplina jurídica de ambas cooperativas prevista en la Ley gallega ha de completarse, en cualquier caso, con lo dispuesto en otra norma autonómica de rango legal, la Ley 6/1993, de 11 de mayo, de Pesca Marítima de Galicia.

7.3. A continuación, D. Rafael Millán Calenti, profesor asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, se encargó de exponer la cooperativa sanitaria.

Frente a la Ley estatal, nuestra Ley autonómica va más allá al crear esta figura como una modalidad de cooperativa con un objeto determinado, «desarrollar actividades sanitarias», que podrá complementarse con la realización de otras «actividades conexas o que faciliten su objeto principal» (art. 129.1).

Además, concibe tres tipos de cooperativas sanitarias: 1) las de seguros, cuya actividad empresarial consistirá en «cubrir, a prima fija, riesgos relativos a la salud de los asegurados y de los beneficiarios de éstos», y a las que serán de aplicación los preceptos legales sobre cooperativas de seguros (art. 129.2); 2) las de trabajo asociado, que estarán integradas por «profesionales de la salud y personal no sanitario» y podrán regirse por la normativa establecida para las cooperativas de trabajo asociado (art. 129.3); y 3) las de consumidores y usuarios, que tendrán por finalidad «prestarles asistencia sanitaria a sus socios, familiares y, en su caso, trabajadores, a través de establecimientos sanitarios», resultándoles de aplicación la legislación sanitaria y la normativa sobre cooperativas de consumidores y usuarios (art. 129.4).

El profesor Millán Calenti aprovechó su intervención para subrayar el progresivo crecimiento del cooperativismo en Galicia y criticar la Ley (a su entender, poco imaginativa y excesivamente reglamentista), compartiendo la opinión de quienes postulan la reducción de los tipos especiales de cooperativas.



7.4. D. José Ignacio Vidal Portabales, profesor titular interino de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, tomó el relevo para departir acerca de otras tres cooperativas especiales: las de enseñanza, las de integración social y las de servicios sociales.

Con arreglo al artículo 124, son cooperativas del primer tipo las dedicadas a «desarrollar actividades docentes en sus distintos niveles y modalidades» (apartado 1). El relator distinguió dos tipos de ellas, regulados en los dos últimos apartados del precepto anterior. De un lado, las de base productora (llamadas por el apartado 2 «cooperativas de enseñanza de trabajo asociado»), formadas por «profesores y demás profesionales de la enseñanza así como por el personal de administración y servicios», cuya misión será producir enseñanza o docencia. Y, de otro, las de base consumidora («cooperativas de enseñanza de consumidores y usuarios» según el apartado 3), que estarán constituidas por padres de alumnos, alumnos y sus representantes legales, consistiendo su objeto social en realizar actividades de defensa de los consumidores y usuarios de la enseñanza.

En cuanto a las cooperativas de integración social, suponen una importante novedad de la Ley. Compuestas mayoritariamente por colectivos con dificultades de integración social (disminuidos físicos, psíquicos, sensoriales, etc.), su objeto será «proveer a sus socios de bienes y servicios de consumo general o específicos para su subsistencia y desarrollo, así como organizar, canalizar, promover y comercializar los productos y servicios del trabajo de los socios, o aquellos otros de tipo terapéutico, residencial, deportivo o asistencial que puedan resultar necesarios o convenientes para su desarrollo, asistencia e integración social» (art. 125. 2). El relator puso de relieve el acierto del legislador gallego al prever la participación en ellas de las Administraciones y Entidades Públicas responsables de servicios sociales, así como de agentes sociales colaboradores en su prestación.

Por último, se refirió a las cooperativas de servicios sociales, concebidas por el artículo 126 como las dirigidas a prestar cualquier tipo de actividades y servicios sociales, públicos o privados, pudiendo ser socios de ellas las Administraciones o Entidades Públicas, y los agentes sociales colaboradores de la prestación de servicios sociales. Vidal Portabales terminó señalando que la eficacia de estas tres clases de cooperativas dependerá de los incentivos que reciban de las autoridades administrativas.

7.5. El siguiente relatorio se ocupó de las cooperativas de consumidores y usuarios, correspondiendo su exposición a Dña. María del Mar Maroño Gargallo, profesora propia de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela.


Tales cooperativas tienen por finalidad «la procura de bienes y servicios para el consumo de sus socios y de los familiares que convivan con



ellos, produciendo los bienes y servicios que proporcionen o adquiriéndolos de terceros», y además «la defensa y promoción de los derechos de los consumidores y usuarios» (art. 114.1). Esta última actividad de su objeto social supone una relevante innovación de la Ley gallega, constituyendo, en opinión de la relatora, una clara manifestación de la indudable conexión existente entre el cooperativismo y la defensa de los consumidores y usuarios.

7.6. Finalmente, D. José Antonio Montero Villar, profesor asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela, comentó muy sintéticamente los aspectos más novedosos y problemáticos que presenta el régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado (arts. 104 a 110), cuyo objeto consiste en «la prestación del trabajo de los socios, proporcionándoles empleo, para producir en común bienes y servicios para terceros» (art. 104.2).

Por razones de tiempo no pudieron exponerse otras cooperativas especiales previstas en la Ley (por ejemplo, las cooperativas de viviendas o las de transportistas), algunas de las cuales están llamadas a ejercer un singular protagonismo dentro de la economía gallega actual (las cooperativas agrarias y las de explotación comunitaria de la tierra). Para un completo y detallado conocimiento de su regulación, el profesor Gómez Segade, que actuó como moderador de este último módulo, se remitió a los trabajos sobre tales cooperativas que se incluyen en el mencionado libro «Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia».

Concluido este módulo, se procedió a la clausura de las jornadas, en la que el profesor Gómez Segade, en nombre de los directores de las mismas, y el Sr. Bello Janeiro, en nombre de la EGAP, agradecieron al público asistente su presencia y la atención prestada. 



## XORNADA SOBRE A NOVA LEI DE ORDENACIÓN DA EDIFICACIÓN

(EGAP, Santiago de Compostela, 16 de decembro de 1999)

José Ricardo Pardo Gato

Avogado

Con carácter xeral, a busca por limita-la deterioración do medio natural, na súa máis ampla vertente, e de posibilita-lo dereito de todo habitante e cidadán á conservación e gozo da riqueza natural, da urbanística e do patrimonio cultural, así como de garanti-la calidade de vida e o hábitat dos cidadáns, en ocasións deteriorados por actividades urbanísticas e edificativas ilícitas e penalizables, deviu nos últimos tempos nun obxectivo de primeira orde que trata de acada-la lexislación correspondente.

Dentro deste ámbito lexislativo enmárcase a nova Lei 38/1999, do 15 de novembro, de ordenación da edificación (LOE)<sup>1</sup>, pola cal houbo unha primeira aproximación para o seu estudio na xornada que a Escola Galega de Administración Pública (EGAP) celebrou na súa sede santiaguesa, o 16 de decembro de 1999, en estricta colaboración coa *Revista de Dereito Urbanístico y Medio Ambiente* e a Consellería da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, nun intento de lles ofrecer ós asistentes unha visión xeral do tema, así como de examina-lo contido e de debater sobre os aspectos máis destacados desta relevante normativa, que vén ocupando un baleiro importante no amplo sector ó que afecta.

<sup>1</sup> BOE núm. 266, do 5 de novembro de 1999.



As significativas novidades que presenta esta lei e a temática que aborda, de gran repercusión, fan que resulte imprescindible o seu coñecemento por parte dos numerosos destinatarios sobre os que repercute tal actividade.

Neste sentido, o propio director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, durante o acto de apertura, destacou a transcendencia e actualidade do debate suscitado pola publicación da referida norma, tendo en conta a significativa relevancia que o sector da edificación presenta en ámbitos diversos da nosa sociedade. A edificación constitúe o último paso do proceso urbano, posto que é o que permite a materialización da imaxe de cidade contida no plan correspondente; do que deriva finalmente a idea da importancia dunha regulación completa que atenda este complexo aspecto da realidade actual.

Nos últimos anos asistimos a unha evolución da sociedade en xeral, e particularmente do sector da edificación, o que deu lugar á necesidade dunha configuración legal no ámbito da construción de edificios e dunha variedade de normas que permitan a ordenación do complexo proceso da edificación. O profesor Bello Janeiro indicou que, por parte dos sectores implicados, víñase demandando unha lei que ordenase e completase o dito proceso, tanto no aspecto da identificación, obrigacións e responsabilidades dos axentes que interactúan nela, coma no das garantías para protexe-los usuarios.

Todo isto era debido a que a tradicional regulación do solo contrastaba cunha escasa configuración legal da construción dos edificios, basicamente establecida polo Código civil, que loxicamente derivou en situacións de incerteza, como consecuencia da inexistencia da cobertura legal necesaria.

Este baleiro legal veu sendo cuberto pola LOE, cunha finalidade última, que xustificou e motivou a súa elaboración, e foi a pretensión de mellorar e de lle dar continuidade á Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións<sup>2</sup>, e á Lei 26/1984, do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios<sup>3</sup>.

A partir da entrada en vigor da LOE o Goberno disporá de dous anos para redactar un código técnico de edificación, que desenvolva os requisitos básicos esixibles na construción dun edificio, como seguridade estrutural, incendios, repercusións no medio natural e rúidos.

Sobre os motivos precitados e os aspectos xerais da lei pronunciouse durante a súa intervención Francisco Uría Fernández, secretario xeral técnico do Ministerio de Fomento, para quen as comunidades autónomas

<sup>2</sup> BOE núm. 89, do 14 de abril de 1998.

<sup>3</sup> RCL 1984, 1906.

e os entes ou corporacións locais exercen un gran protagonismo no seu desenvolvemento normativo.

En opinión de Uría Fernández, o sistema da vivenda en España vén sufrindo un impacto claramente inflacionista, polo que a realidade material do dereito urbanístico no noso país non é de todo satisfactoria, ó se dispara-lo prezo da vivenda, sen que o dito dereito articulase ata o día de hoxe os mecanismos necesarios para o paliar. Por conseguinte, de acordo co seu parecer, para avanzarmos neste sentido resultaría necesario fomentar a cooperación e coordinación entre as distintas administracións implicadas, polo que non valen as simples solucións unilaterais adoptadas por cada unha delas de forma illada.

A LOE non foi unha norma de fácil aparición, xa que a súa tramitación foi excesivamente tortuosa. Esta lei non modifica o réxime xeral do Código civil –a pesar de que existiu un proxecto que o modificaba–, pero si o supera enormemente; así, o relator puxo como exemplo o feito de que o Código civil non recollía na súa regulación a figura do promotor, á cal a nova lexislación lle destina, como veremos, unha gran responsabilidade sobre os seus actos con relación á edificación legalmente permitida.

Uría Fernández degrañou polo miúdo os distintos aspectos xerais previstos na lei, e o seu texto foi cualificado por el mesmo como «formalmente sencillo». Para os efectos da presente crónica, remito tales comentarios á debida lectura da exposición de motivos e correspondente articulado.

Non obstante, faise necesario resaltar que esta lei establece sistematicamente un conxunto de actores intervinientes no proceso e distribúe, ademais, tanto a identificación coma as distintas obrigacións e responsabilidades que lles son inherentes.

A idea xeral da LOE, á que nos remite o Texto refundido da Lei de solo e ordenación urbana do 26 de xuño de 1992, a xurisprudencia ou a propia Constitución, informa sobre a competencia do ente público para o mantemento das condicións necesarias de seguridade, salubridade e ornato público, para o que enumera un compendio de requisitos que as edificacións deben cumprir e unha serie de elementos imprescindibles que teñen que conter para completar tales condicións de garantía esixidas.

O texto da lei especifica qué axentes son os intervinientes no proceso de edificación e, xa que logo, establece un sistema de responsabilidades polos defectos producidos no mencionado proceso. Por tanto, a súa finalidade xeral consiste en establece-las garantías de calidade na vivenda e defini-las competencias, dereitos, obrigas e responsabilidades dos diversos axentes da edificación. Concretamente, o artigo 1.1 da LOE establece expresamente que o seu obxecto é *...regular nos seus aspectos esenciais o proceso da edificación, e establece-las obrigacións e responsabilidades dos axentes*

que interveñen no dito proceso, así como as garantías necesarias para o adecuado desenvolvemento deste, co fin de asegura-la calidade mediante o cumprimento dos requisitos básicos dos edificios e a adecuada protección dos intereses dos usuarios.

A principal novidade da lei reside no deber do constructor ou promotor de subscribir un seguro que garanta durante dez anos os danos materiais causados na estrutura do edificio construído (cimentación, soportes, trabes, forxados e muros de carga). Este seguro encarecerá inevitablemente o prezo final da vivenda en cantidades entre o 0,5% e o 1,5%.

Os axentes da edificación igualmente serán responsables durante tres anos dos danos materiais ocasionados no edificio por vicios ou defectos das instalacións ou dos elementos constructivos. O constructor será responsable durante un ano dos danos materiais por vicios ou defectos da execución que afecten os elementos de acabado do edificio.

A estas e a outras novidades introducidas pola LOE referíronse de forma máis extensa e cun carácter máis específico, tanto dende un punto de vista eminentemente técnico coma dende un prisma sinxelamente xurídico, os relatores que lle precederon no uso da palabra ó secretario xeral técnico do Ministerio de Fomento.

Así, Enrique Porto Rey, profesor da Escola Técnica Superior de Arquitectura de Madrid, expuxo os aspectos técnicos da nova normativa, na que o seu ámbito abrangue predominantemente o capítulo II, intitulado «Exigencias técnicas y administrativas de la edificación», e a parte do capítulo III que se refire ós axentes técnicos da edificación, co imprescindible estudio introductorio do xa comentado artigo 1 e do artigo 2.

Unha das excepcións á regra xeral do artigo 1.1, dispónse no punto 2 do mesmo precepto, ó recoñecer o lexislador que pese á pretensión de regular los aspectos esenciais do proceso da edificación, renuncia explicitamente a regular *as obrigacións e responsabilidades relativas á prevención de riscos laborais nas obras de edificación (que) se rexerán pola súa lexislación específica*<sup>4</sup>.

Pola súa parte, o capítulo III da LOE considera explicitamente axentes da edificación o promotor, o proxectista, o constructor, o director de obra, o director de execución de obra, as entidades e os laboratorios de control de calidade da edificación, e os subministradores de produtos, os propietarios e os usuarios.

O lexislador, por omisión, renuncia a considerar expresamente os traballadores como axentes intervinientes no proceso de edificación -con-

---

<sup>4</sup> Hoxe é a Lei 31/1995, do 8 de novembro, e demais disposicións que a desenvolven, Real decreto 1627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción (traslada ó Dereito español a Directiva 92/57/CEE, do 24 de xuño).



sidéaos indirectamente coma se formasen parte do axente constructor-, e renuncia tamén a impoñerlles obrigas ou responsabilidades en todo o proceso, así como a esixirles cualificación laboral ou formación profesional para poder traballar no proceso de edificación.

Explicitamente, tampouco considera axentes os subcontratistas, os coordinadores en materia de seguridade e de saúde, os traballadores autónomos a obra feita –estes quedan incluídos, ó igual cós traballadores asalariados, baixo a fórmula do concepto xenérico de constructor-, as comunidades de propietarios, etc. Hai que supoñer que, conforme o artigo 8 da LOE, pese a que non os menciona expresamente como axentes e non regula as súas obrigacións e responsabilidades, han de se considerar axentes da edificación que se rexen polos contratos que motivan a súa actuación, baseados no principio de autonomía da vontade das partes.

Outra das excepcións á regra xeral é a recollida no punto 3 do artigo 1 ó sinala-lo carácter supletorio da LOE –a excepción do disposto sobre garantías de subscripción obrigatoria– respecto da lexislación de contratos das administracións públicas naqueles casos en que estas e os organismos e as entidades suxeitos á dita lexislación actúen como axentes do proceso da edificación. Con isto liberámo-la Administración do cumprimento do réxime de subscripción de garantías obrigatorias (establecemento de seguros), así como do cumprimento de prazos.

Vista a entidade destas excepcións, pódese dicir xunto co relator que o lexislador non regula con carácter unitario o proceso edificatorio, senón sectorialmente, e que considera que existen dous procesos en paralelo, segundo sexan os particulares ou a Administración os actuantes.

Polo que se refire ó «proceso da edificación», o artigo 2.1 LOE entende por tal *a acción e o resultado de construír un edificio de carácter permanente, público ou privado, cun uso principal que estea comprendido nos seguintes grupos...* Consecuentemente, o proceso de edificación comprende tanto as accións previas de promoción, coma as desenvolvidas durante as actividades de proxecto e de construción, así como o efecto ou resultado de tal proceso constructivo, xunto coas garantías da súa permanencia continuada ó longo dun tempo indeterminado, función da evolución física do propio edificio.

Dende o punto de vista técnico achegado por Porto Rey, o proceso de edificación é un conxunto complexo de actividades secuenciais, lineais e interdependentes realizadas por diversos axentes, que teñen como nexo común a produción, con calidade normalizada, da edificación. A súa ordenación pola LOE garante a salvagarda do interese xeral da comunidade e o particular dos axentes intervinientes e dos usuarios.

Co fin de lles asignar competencias e responsabilidades a algúns axentes que interveñen no proceso da edificación, tódolos usos ós que se poden dedica-los edificios, sexan de nova planta, rehabilitados, ampliados

ou reformados, e protexidos ou non protexidos, o precitado artigo 2.1 agrúpaos da forma seguinte<sup>5</sup>:

- a) *Administrativo, sanitario, relixioso, residencial en tódalas súas formas, docente e cultural.*
- b) *Aeronáutico; agropecuario; da enerxía; da hidráulica; mineiro; de telecomunicacións (referido á enxeñería das telecomunicacións); do transporte terrestre, marítimo, fluvial e aéreo; forestal; industrial; naval; da enxeñería de saneamento e hixiene, e accesorio ás obras de enxeñería e á súa explotación.*
- c) *Tódalas demais edificacións cun uso que non estea expresamente relacionado nos grupos anteriores.*

A continuación, o artigo 2.2 sinala que terán consideración de edificación para os efectos do disposto na LOE, e requirirán un proxecto segundo o establecido no artigo 4, as obras seguintes:

- a) *Obras de edificación de nova construción, excepto aquelas construcións de escasa entidade constructiva e sinxeleza técnica que non teñan, de forma eventual ou permanente, carácter residencial nin público e se desenvolvan nunha soa planta.*

As edificacións eventuais da LOE son equiparables ás provisionais das cales fai referencia o artigo 17 da Lei do solo de 1998 respecto do solo urbanizable comprendido en sectores ou ámbitos delimitados ou, aínda que este precepto o omita, ós terreos de solo urbanizable con condicións de desenvolvemento establecidas polo planeamento xeral, a que alude, entre outros, o artigo 16.1 da dita regulación.

- b) *Obras de ampliación, modificación, reforma ou rehabilitación que alteren a configuración arquitectónica dos edificios, entendendo por tales as que teñan carácter de intervención total ou as parciais que produzan unha variación esencial da composición xeral exterior, a volumetría, ou o conxunto do sistema estrutural, ou teñan por obxecto cambia-los usos característicos do edificio.*

Esta alínea recolle a definición de alteración da configuración arquitectónica dos edificios, elaborada pola copiosa xurisprudencia habida a este respecto, que a integra e converte en rango de lei.

- c) *Obras que teñan o carácter de intervención total en edificacións catalogadas ou que dispoñan dalgún tipo de protección de carácter ambiental ou histórico-artístico, regulada a través de norma legal ou documento urbanís-*

---

<sup>5</sup> Introducidos no texto legal en virtude do «Protocolo de conclusións sobre o Anteproxecto de lei de ordenación da edificación, establecido entre os presidentes do Consello Superior dos Colexios de Arquitectos de España, o Consello Xeral de Colexios Oficiais de Aparelladores e Arquitectos Técnicos e a Mesa da Enxeñería de Enxeñeiros de Camiños, Canles e Portos e do Consello Xeral de Colexios de Enxeñeiros Industriais», con data 14 de xaneiro de 1999.



*tico e aquelas outras de carácter parcial que afecten os elementos ou as partes obxecto de protección.*

A referencia deste epígrafe ás normas legais alude a Lei de Patrimonio Histórico Español de 1985, e as leis autonómicas sobre patrimonio. Os instrumentos e documentos urbanísticos son os plans especiais de protección e os catálogos a que se refiren os artigos 86 e 87 do Regulamento de planeamento e equivalentes da lexislación urbanística de cada comunidade autónoma.

O número 3 do artigo 2 LOE considera igualmente comprendidas no concepto da edificación, para os efectos da súa regulación, *as súas instalacións fixas e o equipamento propio, así como os elementos de urbanización que permanezan adscritos ó edificio.*

A LOE neste punto non segue o criterio do Código civil<sup>6</sup> e algunhas normas sectoriais, nas que o concepto de construción é máis xenérico e amplo có de edificación. Segue o criterio xurisprudencial<sup>7</sup> creado sobre a figura da ruína do artigo 1591 do Código civil, segundo o cal dentro do concepto de edificio cabe incluír toda construción sobre o solo ou no subsolo, calquera que sexa a natureza dos materiais empregados, incluso se son prefabricados e calquera que sexa a finalidade a que se destine<sup>8</sup>.

Sobre os requisitos básicos da edificación, o artigo 3.1 da LOE sinala que os edificios deberán proxectarse, construírse e manterse de tal forma que satisfagan a seguridade –estructural<sup>9</sup>, seguridade en caso de incen-

---

<sup>6</sup> O Código civil, no seu artigo 389, fala no seu primeiro parágrafo de *un edificio, parede, columna ou cualquera outra construción.*

<sup>7</sup> A xurisprudencia habida sobre ruína considerou edificios a:

! Unha construción agraria (STS do 15 de xullo de 1957).

! A tribuna dun campo de fútbol (STS do 24 de decembro de 1982).

! Unha central de calefacción dun polígono de vivendas (STS do 28 de xuño de 1982).

! Un muro de peche dun seminario (STS do 14 de decembro de 1984).

<sup>8</sup> As normas urbanísticas empregan os termos «edificación» e «construción», e os seus plurais, dunha forma certamente imprecisa posto que parece que as consideran equivalentes, o que en realidade non é así, xa que o segundo concepto resulta, de xeito claro, máis amplo có primeiro: toda edificación supón unha construción, pero non toda construción é unha edificación. A Real Academia Española de la Lengua considera a «construción» como a «acción y efecto de construir», sendo «construir» ou «fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa: como palacio, iglesia, casa, puente, navío, máquina, etc.»; pola súa parte, define «edificación» como a «acción y efecto de edificar», hacer un edificio», sendo «edificar» ou «fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir». É dicir, a edificación sempre vén relacionada cun «edificio», entendendo por tal unha «obra o fábrica construída para habitación o para usos análogos», mentres que a construción é un termo moito máis amplo, que engloba aquel.

<sup>9</sup> Respecto á seguridade estructural e ós elementos a que afecta (artigo 3.1.b.1) LOE), actualmente e limitando a relación á normativa con rango de decreto, rexe a seguinte:



dio<sup>10</sup> e de utilización en xeral-, funcionalidade -na súa utilización<sup>11</sup> e accesibilidade<sup>12</sup>- e habitabilidade -salubridade e estanquidade<sup>13</sup>, ruído<sup>14</sup>, aforro de enerxía e illamento térmico<sup>15</sup>, entre outros aspectos-.

Polo demais, como xa avanzara o director da EGAP durante a presentación do acto, Porto Rey insistiu igualmente na remisión que a LOE fai a normas técnicas, concretamente ó Código técnico da edificación (artigo 3.2 LOE), e comentou, con carácter específico, as distintas cuestións e pro-

---

‡ R.D. 1370/1988, do 11 de novembro, do M.O.P. e U. ou NBE-AE-88, «Accións na edificación».

‡ R.D. 2543/1944, do 29 de decembro, do M.O.P.T. e M.A. ou Normas de construción sismorresistente: parte xeral e edificación (NCSE-94).

‡ R.D. 1829/1995, do 10 de novembro, do M.O.P.T. e M.A. ou NBE-EA-95, «Estructuras de aceiro en edificación».

‡ R.D. 1723/1999, do 20 de decembro, do M.O.P. e U. ou NBE-FL-90, «Muros resistentes de fábrica de ladrillo».

‡ R.D. 2661/1998, do 11 de decembro, M.F. ou E.H.E., «Instrucción de formigón estrutural» (entrou en vigor o 1 de xullo de 1999).

‡ R.D. 2608/1996, do 20 de decembro, do M.F. ou E.F.-96, «Instrucción para o proxecto e a execución de forxados unidireccionais de formigón armado ou pretensado».

‡ R.D. 1630/1980, do 18 de xullo, da Presidencia do Goberno, «Fabricación e emprego de elementos resistentes para pisos e cubertas».

<sup>10</sup> Actualmente regulada por:

‡ R.D. 1942/1993, do 5 de novembro, do M.I. e E. ou Regulamento de instalacións de protección contra incendios e O.M. do 16 de abril de 1998.

‡ R.D. 2177/1996, do 4 de outubro, do M.F. ou NBE-CPI-96, «Condicións de protección contra incendios nos edificios».

<sup>11</sup> Na actualidade están reguladas as dimensións mínimas dos espazos nas vivendas, tanto as de promoción e venda libres coma as sometidas a algún réxime de protección pública, con normas estatais e autonómicas, que as relacionan coa funcionalidade dos usos.

<sup>12</sup> A LOE (artigo 3.1.a.2) converte a rango legal a imprescindible accesibilidade ós edificios, actualmente regulada polo R.D. 556/1989, do 19 de marzo, do M.O.P. e U. (hoxe Fomento) sobre barreiras arquitectónicas. Neste sentido, varias comunidades autónomas tamén dictaron leis sobre accesibilidade dos edificios e supresión de barreiras arquitectónicas, como a Comunidade de Madrid, coa súa Lei 8/1993, do 22 de xuño, ou Galicia, coa súa Lei 8/1997, do 20 de agosto, entre outras.

<sup>13</sup> Na actualidade, en canto á regulación da estanquidade está vixente o R.D. 1572/1990, do 30 de novembro, do M.O.P. e U. ou NBE-QB-90, «Cubertas con materiais bituminosos» e O.M. do 5 de xullo de 1996 do M.F.: e en canto ó medio natural, o Decreto 2414/1961, do 30 de novembro, o Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas, e O.M. de Gobernación do 15 de marzo de 1963.

<sup>14</sup> R.D. 2115/1982, do 12 de agosto, do M.O.P. e U. ou NBE-CA-82 sobre condicións acústicas dos edificios e O.M. do 29 de setembro de 1988 do M.O.P. e U.

<sup>15</sup> R.D. 2429/1979, do 6 de xullo, da presidencia do Goberno ou NBE-CT-79 sobre «Condicións térmicas dos edificios».

blemas nos que pode verse inmerso o proxecto de edificación, fundamentalmente dende o prisma da profesión de arquitecto á que pertence.

A continuación, os aspectos xurídicos da nova lei foron obxecto de detalle e estudo durante a súa intervención por Luis Miguel López Fernández, profesor titular de Dereito Civil da Universidade Autónoma de Madrid, que principalmente, e como núcleo central da súa exposición, referiuse ó réxime de responsabilidade dos axentes implicados consagrado na LOE, así como a súa relación co sistema vixente á súa entrada en vigor.

O artigo 17.1 da LOE establece un novo e triple nivel de responsabilidade dos axentes da edificación fronte a propietarios e terceiros adquirentes de edificios. Tal responsabilidade só se estende ós danos materiais ocasionados no edificio e obedece ó seguinte esquema:

┆ Durante dez anos, a partir da recepción sen reservas ou da corrección destas, os axentes responden dos danos materiais causados no edificio por defectos que afecten a elementos estruturais e comprometan a resistencia e estabilidade do edificio (artigo 17.1.a). O prazo de dez anos hase entender, de acordo con López Fernández, como prazo de garantía, de modo que se o defecto se manifestou durante ese termo orixínase a correspondente responsabilidade.

┆ Durante tres anos responden dos danos materiais causados no edificio por defectos que afecten a habitabilidade do inmovible (artigo 17.1.b), parágrafo primeiro).

┆ Durante un ano o constructor responde dos danos materiais relacionados con elementos de terminación ou acabado (artigo 17.1.b), parágrafo segundo).

Para rastrea-las relacións entre a responsabilidade decenal derivada da ruína (parágrafo primeiro do artigo 1591 do Código civil)<sup>16</sup> e o novo réxime especial de responsabilidades contido na LOE, o relator tomou en conta os seguintes aspectos:

a) O artigo 17.1 da LOE proclama que o novo réxime especial de responsabilidades imposto ós axentes da edificación enténdese *sen prexuízo das súas responsabilidades contractuais*, aplicándose novamente esta idea no artigo 17.9 do mesmo texto legal e para o caso da responsabilidade por vicios ocultos imposta ó vendedor polo artigo 1484 do Código civil. Deste precepto dedúcese que se a responsabilidade decenal prevista no parágrafo primeiro do artigo 1591 do Código civil se considera coma unha responsabilidade contractual especificamente aplicable ó contrato de obra,

<sup>16</sup> Artigo 1591.1 Código civil: «O contratista dun edificio que se arruinase por vicios da construción responde dos danos e perdas se a ruína tivese lugar dentro de dez anos, contados dende que concluíu a construción; igual responsabilidade, e polo mesmo tempo, terá o arquitecto que a dirixira, se se debe a ruína a vicio do solo ou da dirección».



o novo réxime de responsabilidades superporfíase a esta garantía decenal para o suposto de ruína. En opinión do profesor López Fernández, o lexislador pecou de ambigüidade ó situar no eixe da articulación de responsabilidades unha cuestión tan debatida na doutrina como a natureza contractual ou legal da garantía decenal.

b) A disposición derogatoria primeira da LOE establece que *quedan derogadas tódalas disposicións de igual ou inferior rango que se opoñan ó disposto nesta lei*. Así, e en primeiro lugar, atopámonos con que se a responsabilidade do parágrafo primeiro do artigo 1591 do Código civil é contractual, a regra de compatibilidade do artigo 17.1 da LOE impediría entender que se opón ó disposto en tal normativa. Se, polo contrario, entendemos que o lexislador pretende substituí-la garantía decenal prevista no recensionado precepto do Código civil, como segundo o relator parece lóxico interpretar, debeu indicalo expresamente, moi en especial cando este entendemento supón un notable recorte dos dereitos dos usuarios que a nova lei di amparar na súa exposición de motivos e no seu artigo 1.

c) A disposición transitoria primeira da LOE prevé que o disposto nela *será de aplicación ás obras de nova construción e ás obras en edificios existentes, naqueles proxectos para os que se solicite a correspondente licencia de edificación, a partir da súa entrada en vigor, sen máis excepcións que as consideradas na disposición transitoria segunda para o novo réxime da reversión*. Á parte de que o precepto deixa sen resolve-lo problema das edificacións realizadas ou que se estean a realizar sen licencia, da transitoria primeira dedúcese que o novo réxime especial de responsabilidades non se lles aplica ás obras que xa solicitasen licencia no momento da súa entrada en vigor, polo que ás ditas edificacións lles resultará aplicable a responsabilidade decenal prevista no parágrafo primeiro do artigo 1591 do Código civil, tanto se se entende que o dito réxime especial é compatible co novo, coma se este último estivera chamado a substituí-lo primeiro. Todo iso con independencia dos efectos que poida ter sobre a xurisprudencia futura a asimilación entre responsabilidade por ruína –responsabilidade decenal– responsabilidade derivada exclusivamente dos defectos que afecten a elementos estruturais e comprometan a resistencia e estabilidade do edificio.

Como consecuencia do anteriormente exposto, a escuridade do novo réxime de responsabilidades supón para López Fernández varias alternativas:

1ª. O novo réxime coexistirá co derivado do parágrafo primeiro do artigo 1591 do Código civil para o caso de ruína e, por suposto, co réxime xeral de responsabilidade contractual. A solución non é absurda porque se entendería coma un réxime de responsabilidade vinculado ás garantías previstas no artigo 19 da LOE: trataríase, en suma, do nivel de responsabilidade asegurable –aínda que non totalmente, porque a cobertura



mínima non se estende a todo o dano material causado no edificio, senón ás cantidades establecidas no artigo 19.4 da LOE-.

2ª. A partir da súa entrada en vigor, o novo réxime substitúe o derivado do artigo 1591.1º do Código civil para o caso de ruína, e coexiste dende entón co réxime xeral de responsabilidade contractual.

3ª. O réxime de responsabilidade decenal do artigo 1591.1º do Código civil ha ser interpretado de acordo co artigo 17 da LOE, de modo que o dano do cal responden os axentes sexa só o material e que o concepto de ruína utilizado no Código civil se asimile ós defectos aludidos no artigo 17.1.a) da LOE.

A pesar de que resulta moi difícil intuí-la orientación que seguirá a xurisprudencia, o relator centrou a súa preferencia na primeira das alternativas citadas. De tódolos modos, a cuestión pode resultar pouco relevante dende a perspectiva práctica, posto que se ha considera-la escasa incidencia estatística dos danos que non resultarán indemnizables de acordo coa LOE.

E é que a expansión do concepto de ruína cara ós vicios relacionados coa habitabilidade produciuse, principalmente, ante o inadecuado que resultaba o prazo de seis meses establecido polo artigo 1484 do Código civil para os vicios ocultos no contrato de compravenda –doutro modo, a súa aplicación ó contrato de obra impoñeríase-.


Se a LOE prevé un prazo de garantía de dez anos para os defectos estruturais, de tres para os relacionados coa habitabilidade, e dun ano para os de simple acabado, a necesidade de acudir a responsabilidades complementarias redúcese nalgunha medida –aínda que as dúbidas formuladas polo termo inicial da garantía e polo momento a partir do cal comezan a prescribi-las accións pode atenuar esa redución- Do que non cabe dúbida, segundo López Fernández, é de que tódolos axentes da edificación nos que unha acción ou omisión negligente súa contribuíse causalmente á produción de calquera xénero de danos persoais ou materiais responderán destes. Outra cousa é que a vía elixida para iso polos tribunais consista en considerar compatible a responsabilidade especial prevista na LOE coa do parágrafo primeiro do artigo 1591 do Código civil, que prefiran acudir á vía subministrada pola responsabilidade xeral derivada do incumprimento de calquera contrato –estendida ós axentes da edificación que non contrataron directamente cos compradores ou propietarios mediante o instrumento da cesión de accións contractuais en favor dos adquirentes de vivendas-, ou que recorran á responsabilidade extracontractual dos axentes da edificación que non contrataron directamente cos propietarios ou compradores, sen excluír, se é o caso, a vía proporcionada pola responsabilidade civil derivada dunha imprudencia con relevancia penal.

Por último, como valoración final desta xornada de estudio, hei significa-las relevantes achegas doutriniais vertidas sobre o tema, polo que

recollo aquí do seu contido, e de maneira sistemática, algúns dos aspectos que na miña opinión reflicten as novidades principais que a LOE introduciu no noso marco legislativo. Esta lei amósanos un esquema informativo dos actores intervinientes no proceso da edificación e das responsabilidades, garantías e normas técnicas que hai que cumprir. A súa regulación, sen lugar a dúbidas, está dirixida para fomenta-la calidade das edificacións, e incidir nos requisitos básicos e nas obrigacións dos diferentes axentes que se encargan de desenvolver tales actividades. Por iso pódese afirmar que o panorama inmobiliario sufrirá unha mellora inmediata, precisamente a consecuencia da modificación legislativa.

Nos últimos anos, no ámbito urbanístico eríxese un novo enfoque que cabe cifralo nunha perspectiva ecolóxica das decisións públicas e privadas, na nova concepción do medio urbano e natural, que permite en último termo o nacemento dunha nova maneira de entender, en xeral, a planificación urbanística e, en particular, a ordenación da edificación.

Este proceso de reforma legislativa no que nos vemos inmersos tivo o seu comezo coa promulgación do Decreto-lei 5/1996, que puxo ante os nosos ollos un renovado paradigma urbanístico español, marcado polo criterio ecolóxico seguido agora no discorrer da nova LOE.

Como conclusión, cabe apunta-la idea de que a aprobación desta nova lei supón un salto cualitativo cara a un momento ordenamental no que os consumidores e usuarios verán fortalecidos os seus dereitos e expectativas fronte ós axentes da edificación. 

RECENSIÓNS

BB

BIBLIOGRAFÍA





## *Discursos parlamentarios de Montero Ríos na restauración borbónica (1874-1923)*

Margarita Barral Martínez; Emilia García López

EGAP, Santiago, 1999

A presente obra é a continuación da publicada hai un tempo pola EGAP (*Discursos parlamentarios de Montero Ríos no sexenio democrático (1868-1873)*), que xa foi comentada por nós nestas mesmas páxinas. Ámbolos dous volumes forman parte dun proxecto de investigación dirixido por Ramón Villares e titulado «Montero Ríos e o seu tempo», encamiñado a resucita-la figura do gran político galego, un tanto esquecido pese á importancia que tivo no seu tempo. Don Eugenio Montero Ríos (1832-1914) é un dos políticos relevantes do século XIX e do cambio finisecular en España.

A obra está concibida dun xeito semellante á anterior entrega: un capítulo biográfico sobre Montero Ríos; un comentario ós seus discursos pronunciados no Congreso e Senado, con estudio do seu contexto histórico; unhas notas biográficas sobre os deputados e senadores que protagonizan os discursos de Montero e o groso da obra, que é unha selección dos seus discursos máis significativos.

A obra recolle discursos pronunciados entre 1883 e 1909. Quizais aquí haberíalle que facer unha crítica ó título do libro, xa que as datas deste (1874-1923) non se corresponden coas datas nas que foron pronunciados os discursos. Sen dúbida as autoras quixeron facer fincapé na cronoloxía da Restauración, pero nunha obra dedicada a Montero débese respecta-la súa propia cronoloxía e como se sabe este morreu antes da fin da Restauración.

Montero Ríos foi definido como «home do sexenio», querendo significalo seu protagonismo nesta etapa da historia contemporánea española. No importante labor legislativo realizado nos dous primeiros anos do sexenio destaca o traballo de sistematización que desenvolve Montero. Amadeo I reina en España entre 1871 e 1873. Como sinalan as autoras, no que se refire a Montero «o seu modelo de réxime político simbolizábo na monarquía democrática de Amadeo I». Unha vez caído Amadeo e ata 1881 Montero Ríos mantívose illado da vida política. Pasa silandeiamente durante a curta e convulsa I República (1873) e non acepta a monarquía de Alfonso XII nos seus primeiros anos, polo que chega a rexeita-la Constitución de 1876. O golpe de Pavía de principios de 1874 dá paso ó xeneral Serrano como xefe do Estado. Este axitado período termina o 29 de decembro de 1874 co pronunciamento de Martínez Campos e a proclamación do príncipe Alfonso de Borbón como rei de España (1875-1885).

Aínda que Montero destacou no sexenio, como dicíamos, a súa maior proxección política acadouna durante a Restauración, na que dende unha postura crítica foi un dos seus principais personaxes. ¿Cal é a cerna básica da ideoloxía de Montero Ríos durante a Restauración? As autoras definen axeitadamente a Montero como «un dos maiores artífices do desenvolvemento do catolicismo liberal en España». Montero era fundamentalmente un home de ideoloxía liberal. Católico sincero, era tamén un decidido partidario da liberdade de cultos e da separación Igrexa-Estado. Conxugar liberalismo e catolicismo na época de Montero non era tarefa fácil. Montero, por outro lado, non entendía a cuestión rexional e mesmo chega a rexeita-lo proxecto das mancomunidades de Cataluña, como din as autoras. Sen embargo na última etapa da súa vida habería que matizar algo isto, segundo ten apuntado nalgunha ocasión Villares Paz. Hai que sinalar por último a fidelidade monárquica, nos seus alicerces básicos, de Montero, aínda que con matizacións críticas nalgúns momentos da súa vida.


Non hai que insistir na importancia de recoller estes discursos, para un coñecemento cabal da figura de Montero e mesmo da Restauración. A obra abrangue un total de 41 discursos pronunciados por Montero no Congreso e Senado. As autoras recollen os discursos que consideran máis significativos. Montero interviu en 550 ocasións no Senado e 50 no Congreso aínda que, como se indica no libro, moitas destas intervencións carezan de excesiva importancia e eran aclaracións ou pequenas intervencións por mor dos seus cargos (presidente do Senado en cinco ocasións, presidente do Consello de ministros na segunda metade de 1905, etc.).

As fontes empregadas no libro son fundamentalmente os diarios de sesións do Congreso e do Senado, a prensa da época e a bibliografía sobre Montero Ríos. Os discursos son presentados por orde cronolóxica aínda que son estudiados por orde temática.

Os discursos están divididos en dúas partes. Na primeira aparecen os te-



mas referentes á xustiza, á administración local e á elección e á promoción dos cargos públicos e académicos. Na segunda parte aparecen as referencias ás obras públicas e ó ferrocarril, os discursos sobre a Igrexa na Restauración, os discursos sobre os debates de contestación á mensaxe da Coroa, os enfrontamentos con Romero Robledo e a ratificación do Tratado de París (constatación oficial da perda das colonias) no que Montero desenvolve un importante papel e que marca segundo as autoras un antes e un despois na súa traxectoria política e persoal.

A obra estudiada dáno-la oportunidade de coñecer mellor este importante personaxe da política do sexenio e da Restauración. Constituirá, sen dúbida, un paso necesario para calquera estudio que se afronte sobre a figura de don Eugenio Montero Ríos. 

**José Luís Mínguez Goyanes**



## *La regulación económica de los servicios públicos*

Miguel Ángel Lasheras

Ariel, S.A. Barcelona, 1999

A regulación dos servicios públicos é unha forma de intervención económica en ámbitos e sectores, como enerxía e telecomunicacións, que adquiriu relevancia en España e en Europa a partir dos procesos de privatización e reestructuración iniciados nos anos oitenta, e que hoxe poderíamos dicir que se encontra instaurada en tódolos estados do marco comunitario. Ata a década dos oitenta, a intervención sectorial levárase a termo mediante empresas de propiedade pública.

Non obstante, noutros países, como é o caso dos Estados Unidos de América, a regulación das *public utilities* xa se realizaba, dende principios do século XX, a través de comisións independentes, ben de carácter federal ou estatal, co fin último de restrinxi-lo campo de actuación das empresas e entidades mercantís, xeralmente privadas, que prestaban estes servicios.

Por tanto, mentres, durante os últimos setenta anos, Europa regulou os seus monopolios sen necesidade ningunha de contar con órganos reguladores independentes, á outra beira do Atlántico, nos Estados Unidos, este sistema de regulación foi o máis común. Sen embargo, nos últimos tempos, os problemas e as solucións da regulación, como forma de intervención pública, converxen en ámbolos dous continentes, posto que tamén en Europa se empezou a crear este tipo de órganos reguladores como consecuencia, fundamentalmente, dos procesos de liberalización de sectores monopolizados coma os xa citados.



En primeiro lugar, os sectores económicos que protagonizan esta adaptación do marco de intervención pública son os mesmos: as telecomunicacións, os sectores enerxéticos (electricidade, gas e hidrocarburos), a auga, o transporte e o tratamento de residuos. En segundo lugar, a aparición en Europa de institucións de regulación independentes da Administración, que seguen en parte o exemplo paradigmático dos bancos centrais, aproxima igualmente o contorno institucional da regulación en ámbolos continentes. Por último, a globalización que impoñen tanto os desenvolvementos tecnolóxicos coma a eliminación de barreiras económicas nacionais favorece este proceso de converxencia institucional.

E é que, como pon de manifesto Miguel Ángel Fernández Ordóñez na «Reflexión preliminar» ó libro de Miguel Ángel Lasheras, cando se quere que parte das actividades precitadas se sometan a un réxime de competencia, faise xa de todo inescusable que un órgano independente decida sobre os conflitos que se expoñen entre as actividades en competencia e as que subsisten en réxime de monopolio, e así protexer non soamente os consumidores senón tamén os novos entrantes no mercado fronte ós antigos monopolistas. Ademais destas novas razóns, subsisten outras que xa facían recomendable que non fosen os gobernos os que negocien e traten cos monopolistas. Certamente, os gobernos teñen intereses políticos a curto prazo que poden bater co obxectivo dunha regulación que se debe basear e fundamentar exclusivamente en razóns de tipo económico.

Entre as funcións normalmente asignadas ós órganos reguladores independentes, cómpre destacármola fixación das tarifas das actividades propiamente reguladas, e dos prezos máximos de actividades desreguladas, pero nas que existe unha posición de dominio; así como a de velarmos pola competencia no sector correspondente, e de dotármolo órgano de adecuadas facultades para desenvolver esta función.

Pero é moi importante que os órganos reguladores independentes sexan dotados de facultades suficientes para poderen exercer as ditas funcións axeitadas. E neste sentido son fundamentais a de información e de inspección e a de sanción.

O problema principal que se suscita na regulación dos monopolios é o da asimetría de información e, por iso, as facultades de información e de inspección que se lles outorguen ós órganos reguladores deben ser amplísimas.

Non soamente resulta significativo o feito de que o regulador teña unha información suficiente, senón que, ademais, se debe garantir que toda a información que lles subministren os monopolios ás empresas en posición dominante non teña carácter confidencial, e que se garanta, só moi excepcionalmente, a confidencialidade desta. O motivo disto radica en que a boa regulación non se consegue unicamente pola actividade dos órganos independentes senón, dunha forma aínda máis importante, a través da presión exercida pola opinión pública e polos interesados en xeral, e, se a estes os priva-

mos da información en razón da confidencialidade, non poden comprobar que a regulación feita polo órgano regulador independente é a adecuada.

Así mesmo, será enormemente dificultoso que un regulador poida levar adecuadamente as súas tarefas se non existe un certo temor por parte dos monopolios ás consecuencias que poida comporta-lo incumprimento das súas decisións, polo que se lles deben conceder ós órganos reguladores, co sistema de recursos que se considere adecuado, suficientes facultades sancionadoras, ou alomenos, facultades de iniciación de expedientes sancionadores e proposta de sanción ós órganos decisorios correspondentes.

Por outra parte, e entrando xa no tratamento que Miguel Ángel Lasheras fixo do tema no seu libro obxecto de comentario, a xustificación de por qué existe unha intervención pública na economía, e en particular de por qué existe unha regulación dos servizos públicos, en principio pode abordarse mediante dúas aproximacións:

1. Baixo unha aproximación *normativa*, considérase a regulación coma unha maneira de utiliza-lo poder lexítimo e coactivo do sector público para conseguir determinados fins de carácter social que doutro modo resultaría imposible alcanzar. En concreto, o obxectivo da regulación consiste en lograr unhas asignacións de bens que sexan as socialmente desexadas, entendendo por tales aquelas que estenden o servizo público ó maior número factible de cidadáns, ó menor custo e ós menores prezos posibles. Cando xorden fallos de mercado ou problemas de información quedaría absolutamente xustificado acudir á intervención pública para conseguí-los ansiados fins.

2. Baixo unha aproximación *positiva* asúmese que, posto que as decisións de regulación xeran perdedores e gañadores, a regulación existe para satisfacer-los intereses de certos colectivos ou grupos sociais.

Basicamente son tres os grupos ou colectivos sociais nos que os seus intereses poden xustifica-la actividade de regulación:

- a) Os grupos industriais con maior poder social que «capturan» as decisións das institucións de regulación.
- b) Os consumidores, que son os que maior número de votos ou maior apoio social lles achegan ós reguladores.
- c) Ou, finalmente, os propios reguladores, que buscan aumenta-lo seu poder político ou social.

Aínda que estas dúas aproximacións á análise da regulación condúcennos a conclusións certamente diferentes, a descrición de modelos de análise desta actividade pública, que constitúe o obxecto da obra, obriga a outorgarlle un maior peso ó enfoque normativo.

Por tanto, pódese afirmar que este libro constitúe unha introducción ás ferramentas de teoría económica que permiten analizar e estudia-la intervención pública en sectores como telecomunicacións e enerxía, tendo en todo momento



presente os recentes procesos de introducción de competencia (reestructuración) a que se están a ver sometidos e os distintos efectos do medio que cada vez xogan un papel máis relevante nesta intervención.

O texto de Miguel Ángel Lasheras divídese en dúas partes claramente diferenciadas:

1. Na primeira parte, baixo o epígrafe «Introducción a la teoría de la regulación», e integrada polos cinco primeiros capítulos, aínda que se teñen en conta ámbolos enfoques, adquire maior preponderancia o enfoque normativo, pois resulta imprescindible para chegar a comprender as principais ferramentas analíticas utilizadas na actividade de regulación. O enfoque positivo achega escepticismo sobre os resultados da actividade de regulación, pero non resulta útil para describir ferramentas equiparables ó control de prezos, ó deseño de mecanismos de regulación mediante incentivos ou á intervención na estrutura sectorial co fin de eliminar a posibilidade de abusos polas posicións de dominio nos sectores obxecto de regulación. A análise normativa pretende aproximar estas ferramentas á actividade cotiá de reguladores e regulados.

Nesta primeira parte descríbense as ideas económicas que soportan a actividade de regulación, como, por exemplo, a determinación de tarifas óptimas de acceso a redes, o tratamento dos problemas de información ou as consecuencias de medidas estruturais como a separación vertical.


2. O enfoque positivo podería adquirir un maior peso nos capítulos 6 a 10, que constitúen a segunda parte, intitulada «La regulación sectorial de energía y telecomunicaciones», onde se describe a situación actual dos procesos de reestructuración, con especial referencia ó caso español, en sectores como o gas, o carbón, os hidrocarburos, a electricidade e as telecomunicacións, considerando, no derradeiro capítulo, os problemas que introduce na regulación a existencia de custos externos debidos ós efectos sobre o medio natural destas actividades. Sen embargo, aínda que en ocasións sexa imposible evitar a valoración de decisións de regulación, estes capítulos non achegan un criterio subxectivo completo dos fallos e dos acertos da regulación máis recente. Os seus obxectivos son: servir de introducción ó coñecemento da regulación en España, e utilizar en casos concretos, cando resulte conveniente e oportuno, os modelos ou ferramentas descritos na primeira parte.

Cada capítulo da segunda parte segue unha estrutura similar, que consiste en comezar cunha descrición das características técnicas e económicas de cada sector, e continúa cun percorrido histórico polas experiencias de regulación ata os seus cambios máis recentes. Tras unha descrición dos sistemas de tarificación ou de determinación de prezos e dos incentivos que xera a súa regulación finalízase cunha mención á estrutura sectorial e ós problemas de regulación máis conflictivos ós que se enfrenta cada sector.

Antes das conclusións coas que finaliza o libro, o autor destaca no epí-



logo as consecuencias redistributivas dos procesos de reestructuración e da súa regulación, e sinala as principais dificultades que deberán solucionarse para que a introducción de competencia e a regulación das redes comúns alcancen o obxectivo previsto. De acordo coa teoría económica normativa este obxectivo non é outro có aumento do benestar social, basicamente do excedente dos consumidores.

A maioría das ideas e teorías descritas maxistralmente nesta obra, sobre todo na primeira parte, trátanse de forma intuitiva, coa pretensión de evitalas exposicións formais rigorosas e longas que poderían caer na tediosidade inxustificada. Non obstante, as referencias, as notas a pé de páxina e os recadros sistemáticos utilizados polo autor durante o desenvolvemento do traballo pódense empregar polo lector como vía de acceso a unha análise máis pormenorizada das distintas ideas vertidas. 

**José María Rebolledo Varela**

*Avogado*



## *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX.*

*(Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 3-6 de junio de 1998)*

**De Dios, Salustiano; Infante, Javier; Robledo, Ricardo  
y Torijano, Eugenia (coords.)**

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.  
Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. 646 pp.

La Historia del Derecho, y no nos duelen prendas al decirlo, ha sido contemplada con ciertos visos de inferioridad científica a lo largo de su amplia peripecia vital. Se ha visto en ella el pariente pobre de la Historia General, de la que solamente se distinguía por la especificidad del objeto estudiado, y también como una disciplina que no merecía propiamente el calificativo de jurídica, entendido éste en el sentido dogmático y positivista, adjetivos de los que obviamente la Historia del Derecho se encuentra muy distanciada. De esa manera, no se ha integrado en el seno de ninguno de los dos campos científicos sobre los que cabalga y al historiador del derecho se le ha visto como un investigador en tierra de nadie, despreciado por unos, minusvalorado por otros. Ello, no obstante, ha servido como revulsivo para la determinación precisa de la idiosincrasia de la disciplina y para la formulación de interesantes teorías sobre la naturaleza de la Historia del Derecho o sobre los postulados metodológicos de los que hay que partir para la elaboración de cualquier trabajo que se ocupe de tal objeto, que han concluido en su consideración como una ciencia singular que ha de beber de todas las fuentes de conocimiento posibles con la intención de reconstruir el Derecho del pasado. Una disciplina



que ha de combinar sabiamente los elementos que le proporciona la Historia y los instrumentos de trabajo que le da el Derecho<sup>1</sup>.

Por esos motivos aducidos que colocan a la Historia jurídica en una especie de callejón sin salida, envuelta en la eterna pregunta acerca de su valor, de su contenido y del por qué ha de producirse su estudio en la actualidad, son interesantes las reuniones en las que expertos de diversas procedencias profesionales y científicas estudian de manera conjunta instituciones jurídicas de una trascendencia indiscutible. Estas visiones de conjunto traen a colación muchas conclusiones y abordan numerosos aspectos, pero destaca sobremanera una cuestión en la que ya había insistido Francesco Calasso en su conocido *Medio Evo del Diritto*: la historicidad del Derecho, cualidad aplicable a cualquier otra manifestación cultural del ser humano. Por historicidad entendemos la proyección del Derecho a lo largo de la Historia, como proceso cultural de primera magnitud, con todas sus mutaciones, avances, retrocesos, cambios y nuevas alteraciones<sup>2</sup>. Esa historicidad, como la de la lengua, la música tradicional, el folclore, la gastronomía, etc., no es una foto fija, algo estático, sino, antes bien, una película de ritmo lento y pausado, sobre cuyas claves de proyección tenemos que ahondar, un conjunto de imágenes en evolución. Debemos buscar la explicación de los fotogramas que vemos, en el presente, para después poder concluir todas aquellas cuestiones colaterales (cómo la vemos, por qué la vemos así, qué elementos inciden en su formación, etc.),

---

<sup>1</sup> El profesor Paolo GROSSI ha escrito algunas de las páginas más recientes y coherentes en esta materia. Se han recogido en su Lección Magistral del *Acto Solemne de Investidura como Doctor Honoris Causa del profesor Dr. D. Paolo Grossi*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, pp. 17-30. Sus palabras son concluyentes respecto a las finalidades que se pueden esperar de la Historia del Derecho; ésta operará para el jurista como una suerte de conciencia crítica que se manifiesta y activa de diversas formas: la disciplina refuerza en el jurista la persuasión crucial de pertenencia a una dimensión de civilización. La Historia del Derecho opera como un factor de relativización, puesto que, por su estatuto epistemológico, inserta los datos en el regazo de la Historia y así los relativiza: «Es de esta relatividad histórica de la que tenemos hoy necesidad. El historiador puede y debe advertir al privatista y al publicista, a estos enamorados de los valores transmitidos por el ayer inmediato, que los mismos constituyen tan sólo el fruto de dicho pasado próximo y que tan sólo desde hace doscientos años la Europa continental vive de tales valores: que el mundo histórico ha vivido también de valores y de unos valores alternativos, si no incluso contrarios» (p. 24). Por último, y no por ello menos importante, se debe insistir en la necesidad de recuperar la percepción de unidad por parte de todo jurista, la unicidad del saber jurídico: «Mediante esta recuperación, al historiador del derecho le cabe ofrecer una contribución esencial. Haciendo efectivamente historia, se mide siempre con la vida, hecho global y unitario aun en su indudable complejidad. Al historiador le serán siempre repugnantes aislamientos y compartimentaciones, porque la vida, la vida jurídica de un momento histórico determinado, se le revela ante todo como coralidad, como una maraña intrincada de relaciones y correlaciones. Múltiples y diversas se le manifiestan también las dimensiones de una experiencia jurídica, pero precisamente cual manifestaciones diferentes y particularizadas que hunden sus raíces en una sólida sustancia unitaria» (p. 26).

<sup>2</sup> Calasso, F., *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*. Giuffrè, Milán, 1954, pp. 24-34.

que en última instancia permitan establecer con precisión el tránsito dibujado en el mundo jurídico por aquellas representaciones que han llegado hasta nuestros días. A fin de cuentas, el hombre (la expresión es de Ortega y Gasset) no tiene propiamente naturaleza: tiene historia y en función de tal máxima ha de ser explicada la condición humana.

Resultado de un encuentro interdisciplinar celebrado entre los días 3 y 6 de junio de 1998, bajo los auspicios del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca y con el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, salen a la luz las actas de dicha reunión científica. La singularidad de la misma no sólo radica en la importancia del tema a tratar (nos atrevemos a afirmar que el derecho de propiedad es la piedra angular de todo ordenamiento jurídico puesto que disciplina, de una manera esencial, las relaciones entre los seres humanos y las cosas, los bienes, de las que se derivan todas las restantes instituciones jurídico-privadas), sino por la osadía del propio encuentro en el que los aspectos que se trataron no se limitaron a unas breves pinceladas jurídicas adornadas con tintes históricos o viceversa. El calificativo de interdisciplinar pone de manifiesto la pluralidad de visiones, métodos e incluso ideologías mediante los cuales hacer frente a un fenómeno conocido y trascendental. Así, los historiadores, especialmente sensibles a los aspectos sociales y económicos, plasman su visión singular del fenómeno dominical en los estertores del Antiguo Régimen, los historiadores del derecho ponen el acento en los mecanismos jurídicos por medio de los que se formula y manifiesta ese derecho, y, finalmente, los operadores jurídicos actuales reciben todo ese caudal evolutivo incesante que se traduce en las normas concretas que hoy en día han de aplicar. Los primeros desde la evolución histórica general, los segundos desde la perspectiva cambiante del ordenamiento jurídico, y los terceros como beneficiarios de la totalidad jurídica resultante, marcan así una panorámica general y amplia dentro de la que el protagonismo principal recae en el derecho de propiedad y en las múltiples conexiones que el mismo mantiene con otros aspectos colaterales, como la estructura social, los medios de producción económica o la ideología política imperante.

La interdisciplinariedad de que hace gala la reunión es un manifiesto claro que sirve para reivindicar la importancia de todos y cada uno de los métodos empleados para el conocimiento histórico. Métodos que no se excluyen, sino que, al contrario, deben integrarse para crear unos perfiles lo más acertados posibles del pasado, sin ánimo de reproducirlo: basta con conocerlo e interpretarlo. La Historia, con mayúsculas, la Historia general nos proporciona los márgenes sociales y económicos dentro de los que se desarrolla la vida del Derecho. Es indispensable conocer los primeros para poder precisar con exactitud las causas que hacen nacer un determinado ordenamiento jurídico o que determinan su evolución. Pero la influencia es recíproca: las estructuras sociales y económicas sirven para diseñar ciertas instituciones jurídicas y, al revés, muchas de las instituciones nacidas o existentes se pliegan a los rígidos



caracteres que vienen impuestos desde los mundos social y económico. Por otra parte, ese mundo jurídico será el encargado de legitimar las relaciones sociales y los modos productivos, marcando de forma considerable el desarrollo de unas y otros. No hay una concesión al pensamiento materialista: no hay preponderancia del mundo económico sobre los demás elementos fundadores de la superestructura. La interconexión entre todos ellos es total y es difícil, por no decir imposible, fijar con exactitud cuál es el elemento prevalente y quién o quiénes los subordinados.

Pero una vez que hemos determinado cuáles son las características y los principios de un ordenamiento hay que dar un paso a mayores: tratar de acercarnos a las manifestaciones puntuales que ese ordenamiento histórico ha dejado, directa o indirectamente, de manera mediata o inmediata, en el ordenamiento actual. Pasado y presente se darán así la mano, recordando las famosas expresiones de Marc Bloch y de Edward H. Carr, de que todo historiador es historiador contemporáneo, puesto que dialoga con los hechos pretéritos a la luz del presente<sup>3</sup>.

La Historia del derecho de propiedad ha contado en Europa con la pluma especializada del maestro florentino Paolo Grossi, quien a lo largo de sus numerosísimas publicaciones ha trazado de manera genial y única la recepción de las doctrinas romanas sobre el *dominium* y su inserción en la Europa medieval al compás de la denominada recepción<sup>4</sup>. El derecho romano y la idea medieval de la propiedad son las fuentes primarias que hay que considerar a los efectos de introducirnos en la Edad Moderna, donde se consolida y fermenta el sistema heredado del Medievo. Es una muestra palmaria de esa historicidad del derecho que venimos proclamando.

La obra que comentamos se puede estructurar en tres grandes bloques temáticos: la idea de propiedad en el Antiguo Régimen, tanto en sus aspectos materiales o físicos, como en el campo del derecho; los cambios producidos tras la Revolución francesa y el paulatino proceso de consolidación del nuevo

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, lo aplica el historiador francés, entre otras muchas de sus obras, en la conocida *La sociedad feudal*. Akal Universitaria, Madrid, 1986, pp. 23-24; y CARR, E. H., *¿Qué es la Historia?* Conferencias «George Macaulay Trevelyan» dictadas en la Universidad de Cambridge en enero-marzo de 1961. Edición definitiva. Editorial Ariel, Barcelona, 1993, pp. 77-105.

<sup>4</sup> Son muy abundantes las obras del profesor citado que permiten crear el marco adecuado para una reflexión conjunta sobre el derecho de propiedad en su historia. Señalaremos solamente las publicadas en forma de libro, de entre las que destacamos las siguientes: *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*. Università di Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Morano Editore, Pompei, 1966; *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*. Casa Editrice Dott. A. Milani, Padua, 1968; *Il dominio e le cose: percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n.º 41, Giuffrè, Milán, 1992, recopilación de sus varios artículos sobre la materia; y *El orden jurídico medieval*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996.



derecho de propiedad; y el estudio de un elemento clave a la hora de garantizar el asentamiento de la nueva y poderosa creación liberal-burguesa: el registro de la propiedad y todo el sistema hipotecario a su alrededor configurado.

Las primeras colaboraciones se mueven en el campo de la Historia general correspondiente a la etapa del Antiguo Régimen, con el examen de los grandes propietarios dentro de los siglos XV al XVIII. El primer paso consiste en identificar a los principales protagonistas de la riqueza, a los beneficiados directamente por el sistema en toda su extensión. Los estudios versarán sobre los sujetos que ostentaron el poder dominical más amplio a lo largo de las centurias indicadas, los medios mediante los que llegaron a dichas concentraciones patrimoniales y las formas de gestión y de explotación de sus bienes inmuebles. Tras una concisa presentación del profesor Salustiano de Dios, glosando con brevedad el contenido de las distintas colaboraciones, las tres primeras conforman una unidad conceptual, presidida por la idea apuntada: describir a los principales propietarios, con especial atención a los aspectos socioeconómicos de la cuestión. Antes del objeto jurídico de su poder, es preciso conocer a los sujetos y los modos de actuación de los mismos.

Maximiliano Barrio Gonzalo nos habla de «La propiedad eclesiástica en la España del Antiguo Régimen», pp. 17-48, hasta la época de desamortización. Sin lugar a dudas, la Iglesia –y la pléyade de instituciones aparecidas a su alrededor– es una de las principales protagonistas de todo el entramado de poder forjado a lo largo de la Modernidad. Desde el siglo XV, el patrimonio del clero aparece plenamente formado y consolidado, y continúa su crecimiento en las dos centurias siguientes. Es una herencia medieval que se ve apoyada claramente por los mecanismos del Derecho canónico que predicaban la inalienabilidad de los bienes eclesiásticos. La única excepción reseñable será la derivada de la expulsión de los jesuitas en tiempos de Carlos III, pero se trata de una medida extraordinaria, carente de continuidad en otros ámbitos o en relación a otros institutos.

Las formas de explotación de los diferentes patrimonios de las instituciones eclesiásticas adoptan modelos divergentes en función de la zona de la Península en la que nos movamos: aparecen tres grandes sistemas de trabajo de la tierra. Las cesiones a largo plazo, bien en enfiteusis o en foro, típicas de Cataluña, Valencia y Galicia, marcan un primer escenario. Las cesiones de corta duración, por medio de arriendos, se establecen básicamente en las dos Castillas y Andalucía. Una tercera modalidad, de general aplicación y sin predominio concreto en alguna zona, es la aparcería, de duración variable. Pero no todo fueron facilidades para el estamento eclesiástico, dado que en el siglo XVIII, el sistema inicia un proceso de crisis que desembocará en los comienzos del siglo siguiente en una mutación sustancial del derecho de propiedad y del reparto de los bienes. Son destacables en buena parte las opiniones críticas del pensamiento ilustrado, cuyos primeros reflejos se podrán ver en las tímidas medidas desamortizadoras de la época de Carlos IV.

Junto a la Iglesia, un segundo protagonista de excepción: los señoríos se-

culares, laicos, las noblezas, estudiados por Ángel García Sanz («La propiedad territorial de los señoríos seculares», pp. 49-59). La fuente primigenia de su estudio es el Catastro del marqués de Ensenada y su objeto, los señoríos de la zona central de la Península (Palencia, Salamanca, Segovia, Madrid), pero las ideas que se desprenden de sus estudio podrían ser predicables de los restantes dominios señoriales de la Península. Las conclusiones sorprenden un poco en relación con el sujeto anterior: frente a la Iglesia como gran propietaria, llama la atención la escasa importancia de la propiedad de la tierra en los patrimonios nobiliarios, más atentos y dependientes de otras fuentes de financiación mucho más atractivas y de fácil acceso: los tributos cedidos por la Corona o simplemente desviados del patrimonio regio, con usurpaciones consolidadas por el paso del tiempo. En un segundo lugar, muy distante aparecerán las rentas territoriales y, relegadas a una discreta última posición, los ingresos emanados de los derechos jurisdiccionales, pujantes en la época bajomedieval, arrinconados en el período moderno por el peso específico que asume el Estado y con él todos los atributos inherentes a ese nuevo poder superior.

Un tercer elemento vertebrador de los sujetos que ostentaban la parte más voluminosa de la propiedad (sobre todo la rústica) vendría constituido por las corporaciones locales (los concejos, municipalidades, ayuntamientos, etc.), dotados de un importante elemento patrimonial para la obtención de su autosuficiencia económica, como eran los bienes de propios y los arbitrios. José Ignacio Fortea Pérez se ocupa de este asunto, así como de las relaciones entre la Corona, el poder central, y los concejos, poderes periféricos, que tienen como vehículo fundamental los tributos y el marcado proceso de control y fiscalización de los propios y arbitrios en pleno siglo XVIII («La propiedad de las corporaciones locales», pp. 61-111). Nuevamente el poder cuasi-omnímodo del Estado se deja ver cercenando la autonomía idílica de la que estas instituciones locales habían gozado en épocas anteriores.

Este primer bloque de estudios de Historia social y económica se cierra con una panorámica de los distintos modelos dominicales existentes en la Península Ibérica y sus evoluciones a lo largo de la época moderna. Se incide en algunas cuestiones ya esbozadas en las colaboraciones anteriores (diversas fórmulas de explotación concentradas en áreas geográficas muy precisas). Es Alberto Marcos Martín quien se encarga de mostrarnos este paisaje dominical: «Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares», pp. 113-162.

Un segundo grupo de colaboraciones, dentro de la visión general de la propiedad en el Antiguo Régimen, se va a centrar en el aspecto propiamente jurídico del fenómeno dominical. Se han estudiado los propietarios, para pasar ahora a verificar cómo era ese derecho dominical, fundamento último de todo el sistema. Alicia Fiestas Loza desgrana las singularidades de una institución prolíficamente usada en el Antiguo Régimen como fórmula de préstamo mo-



netario: el censo consignativo. La explicación de esta figura, que tenía importantes connotaciones patrimoniales y restrictivas del derecho de propiedad, obedece a la especial pujanza de la doctrina eclesiástica que prohibía el préstamo con interés, por entenderlo usurario. Para combatir esta restricción, los juristas (y he aquí uno de los elementos más importantes del contrato censual: su creación por obra y gracia de la jurisprudencia) idearon un sistema de préstamos encubiertos acudiendo al censo consignativo para salvar las sanciones canónicas previstas para estos comportamientos. La profesora Fiestas Loza explica las singularidades de esta institución a lo largo del artículo «El censo consignativo en la Castilla del Antiguo Régimen», en pp. 163-189, destacando la dualidad que se puede observar en esta figura institucional castellana, que aparece como contrato, forma usual pero no única de constituir esa relación, y como derecho, esto es, como relación jurídica consolidada, así como las diferentes clases o categorías de censos que se dieron en la práctica (perpetuos o al quitar; redimibles o irredimibles, etc.).

Salustiano de Dios se ocupa, a continuación, de uno de los temas más interesantes, desde el punto de vista de la Historia del Derecho, de los que son tratados en el libro: *Representación doctrinal de la propiedad en los juristas de la Corona de Castilla (1480-1640)*, pp. 191-242. El título es expresivo. Más que abordar el estudio jurídico del derecho de propiedad en atención a las normas existentes en el derecho castellano en la Edad Moderna, el profesor salmantino se ocupará de la visión que los juristas más importantes de la Castilla moderna tuvieron de los diferentes aspectos surgidos alrededor de esta cuestión. Desde Alonso Díaz de Montalvo a Juan Yáñez Parladorio, pasando por Covarrubias, Gregorio López, Azevedo, Pichardo Vinuesa, Feliciano de Solís y los juristas-teólogos de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, Salustiano de Dios trata de manera pormenorizada los aspectos más sobresalientes del derecho estudiado empleando las palabras autorizadísimas de los mejores juristas de aquel momento: se van a desglosar apartados dedicados al origen de la propiedad, con la polémica de si era un instituto perteneciente al derecho de gentes o al derecho natural, manifestando la mayor parte de los autores una postura ecléctica que lleva a la consideración del derecho de propiedad como institución perteneciente al *ius gentium*, derivación de la naturaleza y muy próxima al derecho natural; la propia denominación, que basculaba entre el término dominio, de raigambre romana, y el más castizo e hispánico de señorío o propiedad; la definición y contenido, donde se puede ver el legado indiscutible de las conceptualizaciones bajomedievales de Bártolo y de Baldo; para pasar finalmente a uno de los temas más interesantes del fenómeno: las limitaciones a la propiedad.

En el Antiguo Régimen, la idea burguesa de la propiedad libre, individual, sin trabas que impidiesen su rápida circulación, susceptible de ser objeto de tráfico económico en cualquier momento y situación, es una utopía. A pesar de las proclamaciones absolutistas de las definiciones de los Comentaristas,



de las que beben nuestros autores, lo cierto es que el derecho de propiedad no tenía ese rango absoluto, libre, que parecían dar a entender esas definiciones. Ello se debió, entre otros motivos, a la imbricación dentro de la sociedad señorial de todo el conjunto de poderes de los propietarios: la perfecta adecuación del derecho de propiedad a los intereses de las principales clases señoriales. El interés común de todas ellas era uno: la conservación de los patrimonios en los que se fundamentaba su poder. Las instituciones que surgieron para apuntalar estas finalidades recortaron seriamente la idea de libertad que envolvía el dominio.

¿Cómo era posible la existencia de ese dominio libre cuando existía el mayorazgo, por medio del que se vinculaban los bienes de la familia a perpetuidad y se extraían los mismos del mercado? ¿Cómo podía hablarse de libertad cuando las iglesias y los monasterios no podían enajenar sus bienes, salvo en casos excepcionales? ¿Cómo se podía calificar al propietario como soberano en el caso de los bienes pertenecientes a las ciudades?

Salustiano de Dios se ocupa de estos elementos limitativos de manera breve (la importancia individual y conjunta de cada una de estas materias daría origen a libros independientes que excederían el marco de una colaboración de esta clase), marcando los tres grandes mecanismos que contribuían a insertar el derecho de propiedad en función de la utilidad de los grandes propietarios, de los grandes señores: los mayorazgos, típicamente castellanos, relacionados con los señores nobiliarios; la amortización (popularmente conocida como «manos muertas»), cuyo objeto fueron los bienes eclesiásticos, nacida para atender a una triple finalidad: atención a los pobres, conservación del culto divino y sustento de los ministros; y finalmente, los bienes de los concejos, excluidos de la propiedad individual, dentro de los que debemos diferenciar los comunes o comunales, destinados al uso público de todos los moradores o vecinos, como las fuentes, plazas o caminos (con comunidad de uso y de titularidad dominical) y los propios, que no tenían uso compartido por todos los vecinos, sino que se destinaban a las percepción de frutos y rentas en beneficio del concejo (solamente es común la propiedad en ellos, no su utilización).

Nos introducimos ya en la aguas cambiantes de la nueva propiedad liberal, dentro del segundo gran bloque temático del libro. Bartolomé Clavero («Propiedades y propiedad, 1789: el derecho dominical en el momento revolucionario», pp. 243-295) se ocupa del estudio de la Revolución francesa y de su posterior obra codificadora. Frente a los diferentes regímenes dominicales existentes en la época del *Ancien Régime*, la obra revolucionaria francesa conforma un derecho libre de propiedad particular o no pública, con independencia del dominio histórico o del sector social que se alzara con la victoria tras el proceso iniciado en 1789 (p. 274). Las propiedades de antaño dan paso a un derecho de propiedad uniforme y único. La revolución opera como una transformación radical de la idea de este derecho, que pasa a definirse con arreglo a perfiles

totalmente novedosos y contrapuestos a los de los momentos anteriores. Todo ello cristaliza en el conocidísimo artículo 544 del *Code* francés, según el cual la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se hiciese de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos. A pesar de centrarse en los textos constitucionales franceses, el profesor Clavero dedica una breve mención al caso español (pp. 290-293), con referencias a dos preceptos de la Constitución de Cádiz, que marcan el tránsito hacia la nueva época, pero sin ulteriores precisiones.

Recoge su testigo, con especial detenimiento en los albores del constitucionalismo español, la siguiente colaboración. Clara Álvarez Alonso desgrana los principales pronunciamientos constitucionales y parlamentarios en relación al derecho de propiedad: «Las dos caras de Jano. Propiedad y Constitución en el primer liberalismo español», pp. 297-327. Se señala la escasa originalidad de nuestros diputados puesto que, como la propia autora destaca, es muy acentuada la influencia de los modelos francés e inglés (p. 325), a pesar de la existencia de una importante herencia doctrinal española, en las personas de Jovellanos, Asso y De Manuel, Campomanes u Olavide, entre otros. Todo lo cual concluirá en la formulación constitucional del derecho de propiedad como derecho subjetivo como se observa en la Constitución de 1812 y en el Proyecto de Código Civil de 1821, si bien esa nueva propiedad burguesa y liberal no ha conseguido todavía separarse de la herencia social del Antiguo Régimen y de ahí que la misma siga apareciendo con un carácter desigualitario, resultado de esa igualdad formal, más que real, que se había obtenido.

Pedro Ruíz Torres («Señorío y propiedad en la crisis del Antiguo Régimen», pp. 329-347) se centrará en las estructuras señoriales existentes en Valencia, acaso uno de los territorios más profundamente señorializados de todo el panorama peninsular, tomando como referencia el momento de la desaparición de los señoríos, que nos permite observar la inmensa extensión que los poderes de los señores llegaron a ostentar. De acuerdo con los datos manejados, un 61 % de la población estaba sujeta a los señores y un 76 % del territorio formaba parte de los dominios señoriales. Con algunas indicaciones más generales, Ramón Garrabou («Derechos de propiedad y crecimiento agrario en la España contemporánea», pp. 349-370) estudia las relaciones entre el derecho de propiedad y el crecimiento agrario en España a lo largo de los siglos XIX y XX, superando la tesis tradicional que invocaba los cambios dominicales como responsables del estancamiento de la producción agraria a lo largo de las dos centurias citadas, aunque sí se produjeron algunas limitaciones y se menguó una cierta capacidad de crecimiento al sector agrícola por mor de la defensa a ultranza de los nuevos beneficios que traía el sistema dominical.

Javier Infante y Eugenia Torjano se enfrentan a la desamortización desde una novedosa perspectiva. Con las inevitables referencias a todo el caudal normativo en el que se forjó la enajenación de las «manos muertas», sin embargo,



prefieren ocuparse de un tema escasamente tratado hasta la fecha: la organización administrativa de todo el conjunto de las medidas desamortizadoras, el aparato encargado de la administración, por medio del que se llevaron a cabo esas decisiones, desde los orígenes remotos a finales del siglo XVIII hasta su pleno desarrollo en el siglo XIX, lo cual provocó una notoria mutación de algunos principios del liberalismo puesto que asistimos al nacimiento esporádico y por breve tiempo de una cualidad y actuación del Estado, que se aparta de los postulados básicos del ideario liberal. Si el más acentuado liberalismo convertía al Estado en sujeto pasivo, de escasas intervenciones, que dejaba hacer y dejaba pasar, la desamortización nos mostrará un Estado administrador de los bienes y derechos nacionalizados y más tarde propietario de los mismos («El aparato administrativo de la desamortización en la España del siglo XIX: una primera aproximación», pp. 371-402).

La reforma agraria de la Segunda República y las medidas que afectaron a la propiedad de la tierra y a su explotación, con especial mención a lo que aconteció en la provincia de Salamanca en los períodos 1931-1935 y febrero-julio de 1936, constituyen el núcleo central del estudio elaborado por Ricardo Robledo y Luis Enrique Espinoza («La reforma agraria en la II República: el proceso de asentamiento de comunidades de campesinos en la provincia de Salamanca», pp. 403-439). Puede parecer acaso un tema desconectado pero la reforma agraria republicana es un claro ejemplo de lucha contra el sistema de propiedad forjado en el siglo XIX, por lo que su materialización práctica debe ponerse en necesaria relación con lo acontecido en dicha centuria.

Los embates que la formulación del nuevo derecho de propiedad liberal sufre como resultado de las nuevas orientaciones ideológicas que surgen a mediados del siglo XIX (sobre todo, con las revoluciones de corte social que se desarrollan alrededor del año 1848) provocaron unas reacciones doctrinales encaminadas a la justificación de la ideología subyacente. Los más ilustres civilistas españoles de ese momento (Benito Gutiérrez, Sánchez Román, Manresa, Gómez de la Serna o García Goyena) justificaron la presencia de ese derecho de propiedad, tal y como se había configurado tras la Revolución francesa y acudieron a la razón y al derecho natural para amparar la labor hasta entonces realizada. Mariano Peset nos ofrece, con estas dos coordenadas, una breve exposición doctrinal de las opiniones de algunos de los juristas más relevantes de todo el siglo XIX, cuyas ideas estaban orientadas esencialmente a la defensa de la inmutabilidad de esa creación liberal («Fundamento ideológico de la propiedad», pp. 441-470). La postura de todos estos juristas se apartó un poco de las tendencias europeas y se mostraron especialmente beligerantes con ellas: a mediados del XIX se puede afirmar que el orden burgués entra en crisis y con él sus principales creaciones jurídicas. Las libertades políticas se irán extendiendo a toda la población, los derechos sociales empiezan a preocupar a los gobernantes, el sistema de propiedad de la burguesía se introduce en una espiral de críticas. No en vano en ese momento aparecen las obras de



Proudhon (y su radical proclamación de que la propiedad privada era un robo), Blanc, Owen, los utópicos europeos, y, sobre todo, el *Manifiesto Comunista* de Karl Marx y Friedrich Engels. La oposición al modelo liberal-burgués es patente. Frente a todo ello, los principales autores españoles trataron de justificar la bondad innata y los buenos resultados prácticos del sistema dominical que estaba consagrado en la Península.

La colaboración del profesor Peset se complementa con la de Mariano Alonso Pérez («La propiedad en el Código Civil», pp. 471-507) en el que se desgana el conjunto de influencias que marcaron la formulación del derecho de propiedad en nuestro actual Código Civil: el derecho romano, la Ilustración y la herencia indiscutible del modelo dominical consagrado en el derecho francés. Pasa después a examinar la evolución de ese derecho, que ha quedado relegado a una mera proclamación formal, ya que el sistema diseñado en el siglo XIX apenas tiene cabida en el momento actual, debido al gran protagonismo que ha jugado la Constitución de 1978 y el papel que juega la Administración actual en orden a coartar, restringir y condicionar el ejercicio de este derecho. Aporta finalmente el autor unas hipótesis para la reforma del Código en esta materia puntual.

Este bloque temático concluye con unas reflexiones de Pablo Salvador Corderch, bajo el título «Los derechos de propiedad (Property Rights)», pp. 509-531, con una visión interdisciplinar y economicista muy del gusto de la bibliografía norteamericana que el autor maneja con profusión.

El núcleo final viene conformado por tres estudios en los que se aborda el examen de la protección registral de la propiedad y de las leyes hipotecarias, es decir, otro de los aspectos inherentes al derecho liberal de propiedad, en este caso el que se ocupa de la seguridad del mismo. Margarita Serna, tras mostrar la evolución histórica de la protección registral, escasa por otra parte, inaugura su estudio con la Ley Hipotecaria de 1861, haciendo mención inexcusable al papel capital que desempeñó la Dirección General del Registro de la Propiedad en el período comprendido entre la ley citada y el Código Civil, tanto en la aplicación práctica del derecho como en la labor de propuesta normativa y de informes que efectuó con profusión. Con anterioridad, ese papel clave lo había desempeñado el Tribunal Supremo («La protección registral de la propiedad: especial referencia a las resoluciones de la Dirección General del Registro de la Propiedad y a la doctrina del Tribunal Supremo», pp. 533-574). Una idea es clara en todo el estudio: la legislación hipotecaria supone la consolidación de la propiedad burguesa, mediante un aparato público que otorga la seguridad y la certeza necesarias para el tráfico económico.

Por su parte, dos registradores de la propiedad nos ofrecen las últimas colaboraciones del libro: Germán Gallego del Campo examina los principios que informarán la legislación registral decimonónica («Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español», pp. 575-592), con una defensa de la Ley Hipotecaria de 1861 y de la institución del


Registro de la Propiedad, consideradas como respuestas técnicas, correctas y avanzadas, que otorgaron unas garantías de seguridad y de protección de todos los intereses económicos y jurídicos en juego, que hasta entonces no se había producido. Francisco Javier Gómez Gállego se ocupa de la más que posible influencia de la legislación hipotecaria y de la jurisprudencia registral en la evolución de la contratación inmueble, con especial referencia a la flexibilidad y atención a la realidad social que se ha mostrado hacia las nuevas formas de contratación de los bienes raíces («Influencia de los principios hipotecarios y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la evolución de la contratación sobre la propiedad inmueble», pp. 593-646).

Finalmente, extractado lo que hemos considerado capital de cada una de las aportaciones científicas, debemos decir que el libro se nos antoja de una importancia extraordinaria por el camino que abre desde una perspectiva metodológica. El estudio del derecho de propiedad, que se nos brinda, arranca de un derecho heredero de la legislación romana, pero que tiene la virtualidad, desarrollada por los juristas, de adaptarse con una perfecta simbiosis a las realidades sociales y económicas características de la época moderna, esto es, al régimen señorial. De esta forma, la colaboración de diferentes especialistas, tanto del campo de la Historia como operadores prácticos actuales, permite una visión global y general, por tanto sumamente enriquecedora, frente a exposiciones meramente normativas o socioeconómicas.

La pluralidad de orientaciones permite al lector que se acerque a esta serie de estudios conocer quiénes fueron los principales propietarios en la época del Antiguo Régimen, cómo consiguieron esas propiedades, cómo las gestionaban y las explotaban, y cuáles eran los mecanismos de que disponían para la conservación en sus manos de todos los bienes. Pero asimismo es preciso conocer hasta el último detalle los mecanismos jurídicos que sostenían todo este aparato dominical pretérito. Qué era la propiedad, cómo se manifestaba y cuáles eran las facultades que otorgaba a sus titulares, son reflexiones jurídicas, pertenecientes al saber especializado que era el Derecho en aquel entonces, mas totalmente vinculadas a las reflexiones anteriores, puesto que eran la base material e intelectual de los señoríos peninsulares.

La situación mudó definitivamente con la llegada del Estado liberal. Una nueva reformulación del derecho de propiedad, de clara influencia francesa, pero también romanística, una propiedad individual, libre, amplia, grande, sin restricciones. Y además reforzada por las nuevas corrientes ideológicas y por la creación de nuevas instituciones con las que consolidar la revolución burguesa que en el campo dominical tuvo su mejor expresión.

Cierto es que algunas colaboraciones se apartan de ese esquema, pero debe considerarse que la propiedad no es algo inmutable, sino evolutivo, y que el momento actual que vivimos no es, ni más ni menos, que el resultado de la evolución histórica de la citada institución. Esta obra (estas obras, pues cada

una de ellas nos ofrece una pequeña parte del universo dominical) puede facilitar al lector un primer acceso a esta materia tan compleja y, a la vez, tan básica dentro de todo ordenamiento jurídico. Las ya clásicas palabras de Louis Adolphe Thiers pueden cerrar esta recensión para reafirmar la importancia capital del derecho de propiedad dentro de todo ordenamiento jurídico: «Sin la propiedad mueble, no habría siquiera propiedad; sin la propiedad inmueble, no habría civilización»<sup>5</sup>. El estudio de ambas modalidades habrá de realizarse mediante la combinación de todos los aspectos jurídicos e históricos implicados para comprender, por tanto, las diferentes civilizaciones. Y ese es la misión última de la Historia: la comprensión e interpretación de lo que ha sido una cultura. 

**Faustino Martínez Martínez**

*Área de Historia del Derecho y de las Instituciones  
Universidad de Santiago de Compostela*

---

<sup>5</sup> Thiers. L. A., *La propiedad*. Novísima traducción. Librería de Antonio Novo, Madrid, 1880, p. 140.





## NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecano-grafadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folia á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Incluíranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folia á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situarase ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

### *Libros:*

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

### *Artigos:*

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitíranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegarase o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

**Revista Galega de Administración Pública**

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4  
15707 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.









CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA  
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



X ANIVERSARIO ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA