

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

25



25

MAIO - AGOSTO
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

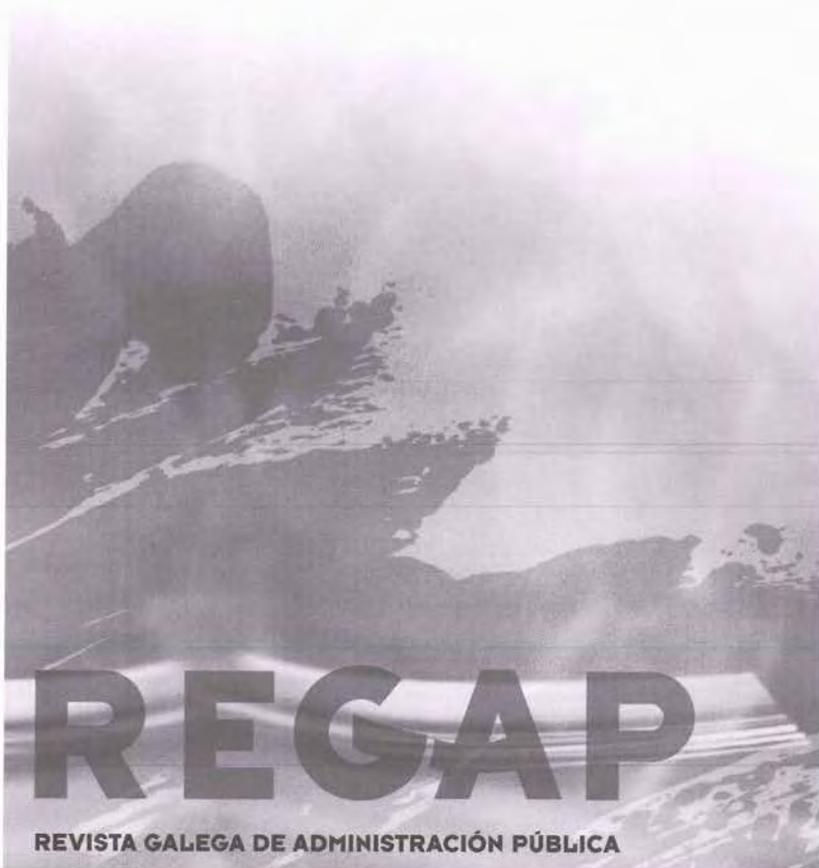
Deseño gráfico: Uquí CEBRA

Imprime: Offset Valladares

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuadrimestral.
Solicitud 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

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luís Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

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 Faiña 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

Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Santiago Porta Dovalo

Psicólogo da Consellería de Traballo e Servicios 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

SUMMARY

Domingo Bello Janeiro Director of the EGAP	PRESENTATION _____	13
--	---------------------------	-----------

STUDIES

Eduardo Fungairiño Bringas	The evolution of extradition as an instrument for international judicial cooperation _____	17
Enrique Álvarez Conde	State secrets and Constitution _____	27
Guillermo Márquez Cruz	Local government and Local Pact (from the <i>measures for local government development</i> to the autonomous local pacts) _____	53

NOTES AND COMMENTS

Javier Cremades García	A study of the Royal Decree-Law on electronic signature 14/1999, 17th September _____	141
Alfonso J. Villagómez Cebrián	Judicial control of access to administrative files and records _____	161
Juan Manuel Alegre Ávila	The Spanish national heritage: legal regime of historical property ownership _____	179
Jaime Cabeza Pereiro	The law promoting the conciliation of family and working life for working people _____	223

JURISPRUDENCE

Pablo González Mariñas and Javier Álvarez Barbeito	The duty of preservation and the declaration of state of ruin in the Galician Land Act: A jurisprudential outlook _____	249
---	---	------------

SUMARIO

Domingo Bello Janeiro Director da EGAP	PRESENTACIÓN _____	13
--	---------------------------	-----------

ESTUDIOS

Eduardo Fungairiño Bringas	La evolución de la extradición como instrumento de cooperación jurídica internacional _____	17
Enrique Álvarez Conde	Secretos de Estado y Constitución _____	27
Guillermo Márquez Cruz	Gobierno local y Pacto local (de las <i>medidas para el desarrollo del Gobierno local</i> a los pactos locales autonómicos) _____	53

NOTAS E COMENTARIOS

Javier Cremades García	Estudio del Real decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica _____	141
Alfonso J. Villagómez Cebrián	El control judicial del acceso a los archivos y registros administrativos _____	161
Juan Manuel Alegre Ávila	El patrimonio histórico español: régimen jurídico de la propiedad histórica _____	179
Jaime Cabeza Pereiro	A lei para promove-la conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras _____	223

JURISPRUDENCIA

Pablo González Mariñas Javier Álvarez Barbeito	El deber de conservación y la declaración del estado de ruina en la Ley del suelo de Galicia: Una visión jurisprudencial _____	249
---	---	------------

PARLIAMENTARY CHRONICLE

275 The concept of order in the Galician parliamentarism **Xosé A. Sarmiento Méndez**

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- Day on the codification and quality of regulations
285 EGAP, 20th December 1999 **Ana María Giráldez Riveiro**
- Day on Law 53/99, 28th December, amending
the Public Contracts Law
299 EGAP, 10th -11th December 2000 **María Victoria Candamo París**
- Day on professional bodies and journalists
323 EGAP, 17th February 2000 **Enrique Diego Fernández Pérez**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- An outline of the legal history of Galicia*
Luis Rodríguez Ennes
347 EGAP, 1999 **José Luís Mínguez Goyanes**

G RÓNICA PARLAMENTARIA

275 _____ O concepto de orde no parlamentarismo galego Xosé A. Sarmiento Méndez

G RÓNICA ADMINISTRATIVA

285 _____ Xornada sobre codificación e calidade das normas
EGAP, 20 de decembro de 1999 Ana María Giráldez Riveiro

299 _____ Xornada sobre a Lei 53/1999, do 28 de decembro
de modificación da Lei de contratos das
administracións públicas
EGAP, 10 e 11 de febreiro de 2000 María Victoria Candamo París

323 _____ Xornada sobre colexios profesionais e xornalistas
EGAP, 17 de febreiro de 2000 Enrique Diego Fernández Pérez

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

347 _____ *Aproximación a la historia jurídica de Galicia*
Luis Rodríguez Ennes
EGAP, 1999 José Luís Mínguez Goyanes

PRESENTACIÓN

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

O artigo 3.1.g) da Lei 10/1989, do 10 de xullo, de modificación da Lei 4/1987, do 27 de maio, de creación da Escola Galega de Administración Pública, considera entre os fins da Escola a investigación, a documentación e a realización de traballos de divulgación no eido da Administración pública, promovendo a súa máxima difusión. Neste contorno nace a *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)* coa finalidade de servir para mestura-lo rigor científico coa utilidade para o conxunto da nosa función pública galega.

A publicación do número 25 da REGAP, constitúe un acontecemento importante na vida da Escola Galega de Administración Pública xa que se consolida, deste xeito, como medio de difusión e de promoción de toda a actividade e produción científica de interese para a Administración.

É moito o esforzo realizado ó longo destes anos para sacar adiante unha publicación bilingüe desta índole que, baixo a clásica estrutura de tódalas revistas científicas de dereito e Administración pública, contén estudos variados sobre os aspectos centrais da Administración pública galega, comentarios de xurisprudencia de interese, notas e documentación administrativa de actualidade, o resumo das principais actividades da EGAP e dos congresos e reunións en materia de administracións públicas, e algunhas recensións de libros relacionados coa ciencia da administración e o dereito.

Cunha periodicidade cuadrimestral, que se mantén desde as súas orixes, a REGAP consolídase ano a ano como un foro aberto a tódolos sectores profesionais que teñen relación coa Administración galega, de xeito que se converta nunha tribuna libre de opinión e crítica científica sobre o funcionamento da Administración.

Con motivo da conmemoración do número 25 da REGAP, cómpre agradecer-las achegas de tan ilustres colaboradores que contribúen a que esta Revista sexa unha das máis importantes no eido da Administración pública galega, contando cunha transcendencia práctica e teórica da que poucas revistas poden presumir.

Cremos que a finalidade coa que naceu esta Revista está sobradamente cumprida e confiamos en que a REGAP continúe, por moito tempo máis, contribuíndo ó desenvolvemento da Administración pública galega.

Agosto de 2000



LA EVOLUCIÓN DE LA EXTRADICIÓN COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Eduardo Fungairiño Bringas

Fiscal jefe de la Audiencia Nacional

1. Se da por supuesto que la extradición es un procedimiento –básicamente de carácter judicial– que tiene por objeto, en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, el que un estado (requerido) ponga a un delincuente presunto (extradición para enjuiciamiento) o convicto (extradición para cumplimiento de condena) a disposición de otro estado (requiriente).

2. No siempre ha sido así, históricamente. El Tratado de Andelot entre los reyes francos Childeberto II y Guntram el 28.11.588 establecía en una cláusula que si como consecuencia de algún delito los seguidores de un reino buscan refugio en el territorio del otro, serán entregados y castigados según su delito. Los Tratados de 1174 entre Inglaterra y Escocia y de 1303 entre Inglaterra y Francia prevén la entrega recíproca de los culpables de felonías y el rechazo del asilo a los enemigos políticos respec-

tivos. Pero se trataba de acuerdos de naturaleza predominantemente política, cuya ejecución correspondía a la voluntad de los soberanos, tanto más cuanto que no existía un poder judicial independiente del rey o del príncipe; la propia referencia a las felonías indica que las entregas no operaban sino en caso de que la conducta perseguida pusiese en peligro los intereses de uno de los dos estados, o de los dos. Como excepción, el Tratado de 4.3.1376 entre Francia y Saboya comprendía la entrega por toda clase de delitos graves. Pero precisamente porque no existía poder judicial independiente podemos legítimamente dudar de que existiese cooperación judicial internacional. Existe hasta entonces tan sólo cooperación entre soberanías para la mutua protección de sus intereses, que llega a la firma de convenios para la entrega de marineros y desertores de los ejércitos.

3. Esta idea no se ve contradicha por la que pudiéramos denominar implantación de la corriente extradicional. Siguiendo a Jiménez de Asúa, es el siglo XVIII (y desde luego el XIX) en el que el principio *aut dedere aut punire* se erige en principal en la relación extradicional y da lugar a la firma de numerosos tratados, obligación de entregar o castigar que prospera tanto más cuanto más disminuye la fuerza del asilo como institución o realidad que impide la persecución y castigo de los delitos. España firma Tratados de Extradición –expuestos con carácter cronológico– con Francia (29.9.1765), Portugal (11.4.1779), otra vez Francia, Gran Bretaña y la República Bátava¹ (Amiens, 27.3.1802), Andorra (17.6.1841), la República Dominicana (18.2.1855), otra vez Portugal (25.6.1867 y 27.5.1868), Italia (3.6.1868), Bélgica (17.6.1870), otra vez la República Dominicana (14.10.1874), otra vez Francia (14.12.1877), Alemania (2.5.1878), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda (4.6.1878), Luxemburgo (5.9.1879), la República Argentina (7.5.1881), Méjico (17.11.1881), Suiza (31.8.1883), Mónaco (3.4.1882), El Salvador (22.11.1884), Noruega y Suecia (15.5.1885), Uruguay (23.11.1885), Dinamarca (12.10.1889), Colombia (23.8.1892), Venezuela (22.1.1894), los Países Bajos (29.10.1894), Liberia (12.12.1894), Guatemala (7.11.1895), Chile (30.12.1895), Costa Rica (16.11.1896), y Perú (23.7.1898).

4. Pero se trata de un contexto de afirmación de la soberanía, de expansión geográfica, que se ve influido por la eclosión de un nacionalismo que pudiéramos denominar «bismarckiano», de nacimiento de estados y de reafirmación de imperios. Ello tiene su importancia en la redacción de los tratados en toda Europa y América, que se ve caracte-

¹ Actualmente, los Países Bajos.

rizada, por lo menos, por las siguientes notas: En primer lugar, se trata de tratados bilaterales, algunos subsiguientes a tratados de paz, sin relación con terceros países y, por tanto, sin sistema. En segundo lugar, rigen unos principios extradicionales prácticamente inmutables, tales como la doble incriminación normativa, y el mínimo punitivo (que, a veces, llega a 3 e incluso a 6 años²), si bien como casi todos³ los tratados se acogen a un sistema de *numerus clausus* por el que se enumeran limitadamente los delitos por los que se concede la extradición (asesinato, homicidio, lesiones, robo con violencia, etc.), se produce una exigencia de «triple» (más que doble) incriminación, al no ser suficiente que la acción punible esté tipificada como delito en los dos ordenamientos (el del estado requirente y el del estado requerido), sino que además tiene que encontrarse específicamente catalogado en el tratado; ello lleva a consecuencias de impunidad, como en el caso del secuestro extorsivo y la estafa⁴ en el Tratado con la República Argentina, la tenencia de armas y explosivos en el Convenio para recíproca extradición de malhechores (CREM -25.6.1987-) con Portugal, o el tráfico de estupefacientes con Bélgica⁵. En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, los delitos de carácter internacional (el tráfico de esclavos, la piratería, la falsificación de moneda, etc.) no pueden ser objeto de extradición si no aparecen catalogados en los preceptos del tratado, pues, al no existir acuerdos internacionales colectivos o multilaterales, no contraen otra obligación internacional penal los estados que aquélla que les impone el tratado bilateral.

5. En cuarto lugar, los tratados decimonónicos –y especialmente los firmados por y entre países anglosajones– imponen que el estado requirente presente junto con la demanda extradicional documentación suficiente para acreditar la existencia de prueba suficiente para perseguir (la denominada *prima facie evidence* o *probable cause*), lo que lleva a que el procedimiento de extradición en el estado requerido se convierta prácticamente en un juicio de fondo del asunto por el que se reclama, con examen de la credibilidad de los testigos de cargo y de la validez de los documentos inculpatorios, y con interrogatorio del inculpado sobre extremos y elementos tales como su participación en los hechos, esta-

² Ver CREM de 25.6.1987 con Portugal.

³ El tratado de extradición con Chile es un temprano ejemplo de sistema de *numerus apertus*.

⁴ Subsanao a partir de 1935 mediante un canje de notas.

⁵ Subsanao desde 1961 mediante la invocación del Convenio único de las NN.UU. sobre estupefacientes.

bleciéndose así un verdadero juicio anticipado al que hipotéticamente tendrá lugar en el estado requirente, y con una duración desmesurada de los trámites del procedimiento de extradición. En quinto lugar, la demanda extradicional –e incluso la solicitud de detención preventiva– se formula exclusivamente por la vía diplomática⁶ (no existen las comunicaciones telegráficas, ni nada parecido a Interpol, Europol o Schengen), lo que unido a la lentitud de comunicaciones determina una excesiva duración de los procedimientos. En sexto lugar (aunque ello no surja de los tratados sino de las legislaciones domésticas o internas) se produce una fuerte intervención política, al establecerse filtros gubernativos en forma de autorización para la continuación del procedimiento de extradición o de autorización para la entrega, una vez decidida la extradición, lo que puede llevar a que decisiones políticas, exentas –en esa época– de control jurisdiccional, dejen sin efecto una decisión judicial⁷.

6. Y en sexto lugar, la nacionalidad de la persona reclamada constituye –salvo en el caso de los países anglosajones– un obstáculo para la extradición si aquélla es nacional del estado requerido (incluso el art. 2 del CREM entre España y Portugal preveía que si el reclamado era extranjero de los dos países, se pusiera en conocimiento del país del que era nacional por si dicho tercer estado quisiese perseguirle). Ello determina una práctica impunidad, pues la alternativa es la de que el estado requirente denuncie los hechos ante las autoridades del estado requerido, y se celebre el juicio en el territorio de este último estado, con los graves inconvenientes que comporta la necesidad de traducción de los documentos, el pago adelantado de las dietas de viaje a los testigos extranjeros, la falta de intermediación, la diferencia de procedimientos de instrucción, etc. No cabe olvidar la necesidad de examinar si la acción penal o la condena han prescrito, de conformidad con la ley de cualquiera de los dos estados, requirente y requerido.

7. En definitiva, hemos expuesto un panorama de lo que pudiera denominarse extradición bilateral u horizontal, caracterizada por la plasmación de unos criterios doctrinales extradicionales que se entienden inamovibles (exigencia de doble incriminación normativa, exigencia de mínimo punitivo, no extradición de los propios nacionales, observancia de las normas sobre prescripción, etc.) y cuya interpretación es exclusiva-

⁶ Aunque el art. 828 de la LECr (1882!) preveía ya comunicación directa entre el juez del estado requirente y el juez del estado requerido.

⁷ Paradójicamente, la autorización gubernativa para la entrega que requieren los art. 6 y 18 de la Ley de extradición pasiva (LEP) de 21.3.1985 no era exigida en la LEP de 26.12.1958.

mente bilateral, por la inexistencia de un sistema o red de cooperación jurisdiccional en apoyo de la extradición, por la inexistencia de una red de comunicaciones y de información que apoye las solicitudes de detención preventiva en casos de urgencia y, sobre todo, por la falta de una jerarquía internacional o instancia judicial y extradicional superior.

8. Es a partir de la primera mitad del siglo XX cuando concurren varias circunstancias que determinan el paso a la multilateralidad y a la globalización jurídica. Tras la 2ª Guerra Mundial, la expansión de las comunicaciones, la reafirmación de la sociedad internacional mediante la creación de la Organización de las Naciones Unidas, los anhelos de integración (aun a nivel regional –Iberoamérica, Centroamérica, Europa, BENELUX–) y, consecuentemente, la adquisición de una conciencia judicial prácticamente universal permiten establecer bases que facilitarán una visión del procedimiento extradicional mucho más acorde con la necesaria cooperación judicial, entendida ésta como relación entre las autoridades judiciales de los distintos países que pretende un sistema de reclamación –y eventual entrega– de delincuentes en un tiempo razonablemente breve y a un tiempo sin merma de garantías jurídicas. Se trata de pasar de un *procedimiento que constituía una verdadera carrera de obstáculos* a un *procedimiento de entendimiento y cooperación que trata de evitar la impunidad de los delitos*.

9. Después de importantes avances en el continente americano –tales como, en el nivel regional, el Acuerdo bolivariano de extradición (Caracas, 18.7.1911)⁸, la Convención de extradición (Washington, 7.2.1923)⁹, y la Convención centroamericana de extradición (Ciudad de Guatemala, 12.4.1934)¹⁰– y, en el nivel continental, la Convención interamericana de extradición (Montevideo, 26.12.1933)¹¹, se llega, en el ámbito europeo, al Convenio europeo de extradición (París, 13.12.1957 –CEEEx–), con su Protocolo adicional (Estrasburgo, 15.10.1975 –PA–) y su Segundo protocolo adicional (Estrasburgo, 17.3.1978 –SPA–). El CEEEx se firma en el ámbito del Consejo de Europa, cuya finalidad es lograr una unión más estrecha entre sus miembros, y se estima que –tal objetivo puede alcanzarse mediante la conclusión de convenios o la adopción de

⁸ Firmado por los países área bolivariana: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

⁹ Ratificada por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua

¹⁰ Nunca entró en vigor, al no haber sido ratificada.

¹¹ A este tratado siguió una cláusula anexa opcional según la cual la nacionalidad de la persona reclamada nunca constituiría impedimento para la extradición.

una acción común en la esfera jurídica– y que –la aceptación de *reglas uniformes* en materia de extradición es adecuada para hacer progresar dicha *obra de unificación*–. Otra vez en el ámbito americano, hay que señalar la nueva Convención iberoamericana sobre extradición (Caracas, 25.2.1981). Su exposición de motivos destaca que –los estrechos lazos y la cooperación existentes en el continente americano imponen extender la extradición a fin de evitar la impunidad de los delitos y *simplificar las formalidades y permitir la ayuda mutua en materia penal* en un ámbito más amplio que el previsto por los tratados en vigor, *con el debido respeto de los derechos humanos* consagrados en la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y en la Declaración universal de los derechos humanos–.

10. Simultáneamente, se firman en el seno de las Naciones Unidas (NN.UU.) convenios multilaterales para la prevención y represión de delitos de los denominados –de protección universal– o de –perseguibilidad internacional– (cfr. art. 23.4. de la Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ– de 1.7.1985). Y dichos convenios contienen preceptos que prevén la extradición por los delitos contenidos en aquéllos, aun cuando no exista acuerdo extradicional vigente –bilateral o multilateral– entre los estados requirente y requerido. Así, entre dichos preceptos pueden citarse: el art. 7 del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9.12.1948 –CPRDG–); el art. 36.2.b) I) y II) del Convenio único de las NN.UU. sobre estupefacientes (Ginebra, 30.3.1961 –CUNUE–¹²); el art. 6.2 y 3 del Convenio de las NN.UU. sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 20.12.1988); el art. 10 del Convenio sobre la represión de la falsificación de moneda (Ginebra, 20.4.1929 –CRFM–); el art. 8.1 y 2 del Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (Nueva York, 10.12.1984 –CcT–); el art. 8.1 y 2 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16.12.1970 –CRAIA–); el art. 8.1 y 2 del Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23.9.1971 –CRAISAC–); el art. 8 del Convenio sobre represión de la trata de personas y explotación de la prostitución ajena (Lake Success, 21.3.1950 –CRTPEPA–); el art. 4 del Convenio europeo sobre represión del terrorismo (Estrasburgo, 27.1.1977 –CERT–); el art. 8.1 y 2 del Convenio sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente

¹² Esos preceptos han permitido la extradición –por tráfico de drogas– de súbditos marroquíes refugiados en España antes de que existiese el Tratado de extradición hispano-marroquí de 30.5.1997.

protegidas (Nueva York, 14.12.1973 –CDPIP–); y el art. 10.1 y 2 del Convenio contra la toma de rehenes (Nueva York, 17.12.1979 –CTR–).

ii. Obsérvese que algunos de los convenios antes citados hacen expresa referencia a una instancia judicial superior invocando un Tribunal penal internacional –TPI– (art. 6 del CPRGD), invocando el Tribunal Internacional de Justicia –TIJ¹³– (art. 9 del CPRGD, art. 12.1 del CRAIA, art. 14.1 del CRAISAC, art. 19 del CRFM¹⁴, art. 22 del CRTPEPA, art. 48.2 del CUNUE, art. 13.1 del CDPIP y 16.1 del CTR), o invocando un comité (art. 17 a 24 del CcT, art. 9 del CERT), instancia superior que introduce un elemento de verticalidad, que supera el nivel de igualdad entre los estados partes contratantes, y que puede operar con una múltiple finalidad: bien para juzgar en instancia los delitos de carácter internacional en defecto de los países que tengan la obligación de instaurar el procedimiento (sobre la base del criterio de la territorialidad o de la personalidad –activa o pasiva–), bien para resolver los conflictos que la aplicación del convenio genere (incluso en materia de extradición) entre las diversas partes contratantes, bien para vigilar la adecuación de las actividades de los estados parte a los mandatos del convenio.

12. Después de casi medio siglo de operatividad extradicional, en Europa, completados los convenios ya citados, en lo sustancial, por el Convenio de extradición simplificada (Bruselas, 30.3.1995 –CES–), el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen (Schengen, 19.6.1990 –CAAS–) y el Convenio de extradición entre países miembros de la Unión Europea (Dublín, 26.9.1996 –CEXTUE–), cabe ahora estimar que la extradición no constituye ya un procedimiento rígido y un conjunto de escollos –más que de ayudas– para la cooperación judicial internacional; y en ese sentido, *principios que la doctrina antaño consideraba inamovibles, pueden ser ahora obviados*, sin merma ninguna de las garantías jurídicas, que quedan respetadas por una misma conciencia jurídica común a toda Europa, plasmada en el Convenio europeo de derechos humanos (Roma, 4.11.1950 –CEDH–).

13. Así, el principio de doble incriminación normativa no exige una identidad o *nomen formal*, sino que requiere tan sólo que los elementos definitorios de la infracción penal se encuentren presentes en la legislación de los estados requirente y requerido, y aun cuando dichas infrac-

¹³ Con sede en La Haya.

¹⁴ La referencia al Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) debe entenderse hecha al TIJ.

ciones no se encuentren en la misma categoría de delitos (art. 2.2 del CExTUE), o dicho principio desaparece o se atenúa (art. 3 del CExTUE)¹⁵; el principio del mínimo punitivo permite hoy día conceder la extradición por otros delitos castigados con pena menor que la señalada en el convenio, incluso con pena pecuniaria, ello por llamado criterio de accesoriadad (art. 2.2 del CEEEx, art. 1 del SPA y art. 2.3 del CExTUE); la prescripción se rige sólo por las disposiciones del Estado requirente (art. 62.1 del CAAS, art. 8.1 del CExTUE); la formalidad que requería la presentación de la demanda de extradición puede presentarse directamente por los ministerios de justicia (art. 5 del SPA y art. 65.1 del CAAS) o incluso se prescinde de la demanda formal si ha habido conformidad del reclamado con la extradición sobre la base de la detención preventiva (art. 16.4 del CEEEx, art. 66 del CAAS y todo el CES); desaparece el trámite de autorización gubernamental para la entrega en caso de extradición simplificada; no queda excluida la extradición en materia de delitos de evasión de impuestos o de aduanas (art. 2 del SPA, art. 50.1 y 63 del CAAS y art. 6 del CExTUE); la nacionalidad no puede ser obstáculo para la extradición por el hecho de que el reclamado sea nacional del estado requerido (art. 7.1 del CExTUE); desaparecen las limitaciones que establece el principio de especialidad, bien que con la observancia de determinados requisitos (art. 14.1 del CEEEx y art. 10 y 11 del CExTUE); la información complementaria puede ser solicitada y transmitida directamente por las autoridades judiciales competentes (art. 13 del CEEEx y art. 14 del CExTUE); y los documentos no precisan de otra autenticación que la certificación por las autoridades judiciales del estado requirente (art. 12.2 del CEEEx y art. 15 del CExTUE).

14. Es decir, que, cada vez más, van abandonándose los que pudiéramos denominar principios extradicionales clásicos, y la relación extradicional se convierte en un procedimiento más simple. Es deseable y necesario que el progreso en las modificaciones extradicionales aboque a un sistema de presentación por vía directa, entre juzgados, o a lo sumo entre ministerios de justicia, de una documentación extradicional simplificada, que determine una entrega inmediata, sin otra dilación que la que pueda originarse por el cumplimiento de una pena de larga duración en el estado requirente, y aun en ese caso sin perjuicio de la entrega temporal prevista en el art. 19.2 del CEEEx. En definitiva, un sistema de validación recíproca internacional de mandamientos judiciales de de-

¹⁵ Es el caso, invocado por España, de la asociación ilícita en su modalidad de pertenencia a banda terrorista (art. 515 y 516 del Código penal) y de la *conspiracy* de la legislación inglesa.

tención y entrega. El tan invocado espacio judicial europeo permite la operatividad de ese sistema, sin merma alguna de las garantías del justiciable, ni de los derechos de la víctima. No perdamos de vista el CEDH ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁶.

15. Que haya un sistema de garantías efectivas, sea el TIJ, sea el TEDH, sea el TPI, implica verticalidad, en el sentido de que desde una instancia nacional puede recurrirse a una instancia suprema, universal (TPI, TIJ) o, cuando menos, regional (TEDH; Tribunal Interamericano de Derechos Humanos¹⁷ –TIDH–). Pero esa verticalidad entraña que las instancias nacionales deben mantenerse en un mismo e igual nivel competencial y jerárquico, conforme al art. 2.11 de la Carta de las Naciones Unidas. Al propio tiempo, esa verticalidad opera, no sólo como garantía del enjuiciamiento justo en las instancias nacionales (garantía a hacer cumplir por el TEDH o por el TIDH), sino también como garantía de que los procedimientos extradicionales, esencialmente auxiliares e instrumentales, se tramitan con idéntico respeto a los ciudadanos en ellos incursos y con igual respeto a las respectivas competencias nacionales (garantía a hacer cumplir por el TIJ). En tal sentido, el art. 2 párrafo tercero del Protocolo B anejo al Tratado de Amsterdam de 2.10.1997 por el que se integra el Acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ.CC.EE) ejercer las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables sobre cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el Acervo Schengen; lo que implica poder pronunciarse sobre las disposiciones sobre la extradición (art. 59 a 66) contenidas en el CAAS. Pero la verticalidad o la existencia de una instancia superior, que, como hemos dicho, requiere igualdad de todas las instancias nacionales, puede darse en un aspecto mucho más práctico e inmediato.

16. Efectivamente, la existencia de una instancia superior *ad hoc*, el Tribunal Internacional¹⁸ para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, creado por la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las NN.UU., establece un sistema de cooperación por parte de los estados miembros de las NN.UU., lo que lleva a la necesidad de extraditar, a favor de dicho tribunal, a los presuntos responsables encontrados en el territorio de dichos estados. Y así, el

¹⁶ Con sede en Estrasburgo (Francia).

¹⁷ Con sede en San José (Costa Rica).

¹⁸ Con sede en La Haya (Países Bajos).

art. 6 de la Ley orgánica de 1.6.1994 para la cooperación con el tribunal establece que -la persona residente en España contra la que se hubiere....dictado por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional una orden de detención será detenida e informada de los cargos que se le imputan por el JCI de la Audiencia Nacional.....(ésta).....acordará la entrega, *sin necesidad de procedimiento formal de extradición.....*-. De igual modo, los art. 58 y 59 y 89 a 92 del Estatuto del TPI (Roma, 17.7.1998) prevén la emisión de una orden de detención contra un presunto responsable de haber cometido crímenes de la jurisdicción del TPI. Consecuentemente, los estados parte en el estatuto y donde se produce la detención¹⁹ quedan obligados a entregar²⁰ al tribunal a la persona acusada, sin que aparezca la exigencia de un procedimiento formal de extradición²¹, pero mediante lo que no es sino una entrega de carácter judicial -de juez a juez- similar a la que hemos descrito como *desideratum* para la extradición entre estados, y no por ello menos necesaria para impartición de la Justicia internacional. 

¹⁹ *Custodial States*.

²⁰ *Surrender*; es la expresión anglosajona para la entrega, y utilizada en los EE.UU. para la extradición entre los estados de la Unión: *interstate rendition*.

²¹ *As soon as possible*, tan pronto como sea posible.

SECRETOS DE ESTADO Y CONSTITUCIÓN

Enrique Álvarez Conde

Catedrático de derecho constitucional

I. Introducción

La superación del secreto, de lo desconocido, ha sido una constante en toda la historia de la humanidad. El progreso, el avance, la cultura y la liberación de la misma siempre han estado ligados al éxito de la aventura del conocimiento: el paso de lo ignorado o desconocido a lo conocido. El mitos y el logos han sido instrumentos (irracional y racional respectivamente) de reducir lo desconocido. El secreto existe para ser desvelado.

La existencia de secretos de Estado no deja de plantear problemas de diversa índole jurídica y política que nos recuerdan la paradoja del «temor del príncipe o el temor al príncipe». Parece comúnmente aceptado que el Estado democrático se dote de instrumentos adecuados para garantizar su supervivencia y estabilidad, razón por la cual ningún recelo debería suscitar la existencia de un instrumento como el secreto de Estado. Sin embargo el «temor del príncipe», que es el origen de dicho establecimiento, puede convertirse en un «temor al príncipe», cuando el instrumento creado, por su naturaleza, escapa a los medios ordinarios de acceso por parte de los ciudadanos a los instrumentos del poder. Esta paradoja, que no es un caso aislado en el mundo del derecho, donde es frecuente la existencia de colisión de normas, colisión de derechos, colisión de deberes y situaciones de estado de necesidad, que suelen solucionarse

mediante la utilización de principios como los de especialidad, subsidiariedad, ponderación y análisis de los bienes en juego, debe resolverse en el sentido de convertir este «temor al príncipe» en confianza y aceptación.

Hoy día constituye una preocupación social básica, que debe ser objeto de la correspondiente solución jurídica y política por parte de los poderes públicos, la existencia de un proceso, de una resolución judicial que declara pertinente y acuerda la práctica de una prueba consistente en la aportación de un documento o documentos que contienen un secreto de Estado. ¿Cuál es el procedimiento que debe utilizar el juez o tribunal? ¿Es precisa la previa desclasificación de la información? ¿Es legítima la decisión de la autoridad competente que niega o impide el acceso o la aportación al proceso? ¿Qué derechos entran en colisión? ¿Cuál es el preferente? ¿Cómo se articula en esta materia el principio de colaboración entre los poderes públicos?

Estas y otras cuestiones que pudieran plantearse parecen producir una cierta perplejidad dado el contenido normativo de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales, desarrollada por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero y, posteriormente, modificada por la Ley 48/978, de 7 de octubre. Dicha norma, en relación con la cual, y por ser previa a nuestra Constitución, debe tenerse en cuenta el principio *tempus regit actum*, contiene una regulación unidireccional, cuidando sólo de establecer las materias o conocimiento intelectuales a los que califica de secretos, el procedimiento para su clasificación, y las autoridades competentes para declarar el secreto; y, por tanto, no resuelve adecuadamente la posible colisión entre secretos de Estado y el derecho a tutela judicial efectiva.

Al propio tiempo, su existencia plantea una serie de interrogantes en torno a su derogación o no por la Constitución, (lo que produce, a su vez, la consecuencia de que cualquier juez, por entenderlo así, fundamente sus resoluciones en la inexistencia de norma que regule esta materia, lo que no dejaría de tener efectos ciertamente perversos: «temor del príncipe»); su posible inconstitucionalidad sobrevenida y su adecuación o no al principio de seguridad jurídica. Pero lo cierto es que ningún órgano legítimo lo ha entendido así y ni siquiera se ha producido el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna (aunque probablemente ello se deba a la dificultad de plantear la misma en razón del momento procesal en que se encuentran las actuaciones judiciales, o incluso, al hecho de existir un convencimiento de que se pueden producir actos aplicativos de la norma acorde con su regulación y con la Constitución).

Es cierto que el secreto de Estado no está prohibido por la Constitución (art. 105), lo cual no quiere decir, por otro lado, que exista un derecho al secreto de Estado, pues nuestra norma fundamental únicamente se refiere al secreto de las comunicaciones en el art. 18.3. y al secreto profesional constitucionalizado en los arts. 20.1. d) y 24.2., ni que estemos

en presencia de un precepto habilitante para excepcionar el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos. Pero no cabe duda de que el ordenamiento jurídico que de ésta dimana es muy distinto al existente en el momento de la promulgación de la Ley de secretos oficiales, pudiendo, asimismo, encontrarse fundamentos constitucionales suficientes para proteger intereses públicos relevantes mediante la institución del secreto de Estado. Recordemos, a este respecto, las palabras del propio Santi Romano sobre la permanencia de las normas y el cambio de ordenamiento jurídico.

En el fondo de la cuestión subyacen una serie de cuestiones doctrinales desde las cuales es preciso partir y sobre las que ya se ha pronunciado nuestra jurisprudencia constitucional. En efecto, la solución de la paradoja apuntada debe tener en cuenta:

a) Los principios constitucionalizados en el art. 9.1 CE., entre los que hay que destacar el principio de constitucionalidad, el de seguridad jurídica, y el de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

b) La posición constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas, teniendo en cuenta el carácter preferente de los mismos, así como la posible colisión entre determinados derechos fundamentales (la libertad de expresión y el derecho a la información, la tutela judicial efectiva, el derecho a utilizar los medios de prueba, etc.), así como entre éstos y los bienes constitucionalmente protegidos.

c) La propia posición constitucional, en base al principio democrático, de los poderes públicos, especialmente del Gobierno, de la Administración pública y del Poder Judicial, así como el régimen jurídico de sus actos, con especial referencia a la teoría del acto político, a la compatibilidad entre la investigación parlamentaria y la judicial, y al significado del principio de publicidad que, como una de las consecuencias de todo Estado de derecho, ha de informar, como regla general, toda la actuación de los poderes públicos.

Todo ello teniendo en cuenta que la legitimidad y aceptabilidad de los secretos de Estado no puede ser desconocida, pues estamos en presencia de una institución generalizada entre los estados y las organizaciones internacionales. Así lo revelan el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas Fundamentales de 1950, donde se prevee la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para preservar la seguridad nacional (arts. 10.2. y 11.2.); determinados preceptos de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea (arts. 47 CECA, 24 a 27 y 194 y 217 CEEA, 38 y 235 CEE), así como diferentes normas relativas al estatuto de los funcionarios públicos, a las diversas modalidades de secreto profesional o de empresa, a los secretos estadísticos, etc.

El fundamento de los secretos de Estado ha radicado, en todo tiempo y lugar, en la necesidad de proteger la existencia misma del Estado. Aunque es cierto que de nuestra Constitución se desprende un principio general de publicidad de la actuación de los poderes públicos (arts. 9, 20, 24, 76, 80, 120...), también lo es que la propia norma fundamental limita el libre acceso por los ciudadanos a las informaciones en poder de las administraciones públicas cuando afecte a la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas (art. 105. b). Como destacó el Defensor del Pueblo en su Informe General a las Cortes Generales correspondiente a 1995, lo que en ningún caso resulta admisible desde los parámetros constitucionales es que los límites derivados de ese interés se conviertan en absolutos, hasta el punto de impedir todo control jurisdiccional sobre las materias clasificadas como secretas en aras de esa supuesta seguridad nacional, creando así una zona de inmunidad a la actuación judicial contraria a los derechos de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

El secreto de Estado únicamente es tolerable cuando se presenta en términos rigurosamente excepcionales y vinculados a la defensa de un manifiesto interés público. Es constitucional, legal y lícita la existencia de secretos oficiales, aunque la ley debe limitar esos supuestos que afectan a la seguridad del Estado.

2. Algunas referencias al derecho comparado

Todos estos planteamientos teóricos, y otros más que pudieran hacerse, deben ser analizados a la luz de las experiencias que nos ofrece el derecho comparado, el cual, por otra parte, no puede ser concebido como paradigma que solucione los problemas planteados en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, no debe pretenderse nunca la importación sistemática de modelos foráneos, pues ninguno de ellos ofrece soluciones globales aceptables, planteando, en muchos casos, problemas similares al nuestro, pues como nos recuerda Santolaya, «la definición corresponde al Ejecutivo, su virtualidad es potencialmente absoluta frente a un juez y los órganos parlamentarios y, en consecuencia, en caso de conflicto su opinión prevalece sobre la posibilidad de actuación judicial, y sólo excepcionalmente, y a través de procedimientos especiales, no lo hace frente al Parlamento». Posición ésta que, además, se ha visto corroborada por la jurisprudencia de los diferentes países.

En efecto, como ha indicado Lavaveissière, «conciliar la necesidad existente de preservar zonas de confidencialidad con la exigencia legítima, en un Estado de derecho, de un control de su uso, no es en absoluto sencillo. Hasta tal punto hay que constatar que ninguna legislación lo ha

conseguido, que es posible preguntarse si existe tal punto de equilibrio. Todo el mundo es consciente de que un control excesivamente estrecho no puede sino conducir a la negación pura y simple del secreto. Sin embargo, por el contrario, no se pueden ignorar los riesgos que conlleva permitir a la Administración ocultar ciertas informaciones en nombre de un pretendido interés superior del Estado totalmente inverificable».

Esta problemática, que se puede apreciar en diferentes estudios de derecho comparado, es común en relación al tratamiento dado a los secretos de Estado. En primer lugar, indicar que aunque en algunos supuestos la regulación dada se remonta a fechas tan remotas como 1766 (Ley sueca) o la conocida sentencia estadounidense *Marbury vs. Madison* de 1803, en las que se reconocía que el Gobierno podía ocultar información a los jueces por razón del secreto. Desde entonces hasta hoy día se ha ido restringiendo ese marco de actuación del Ejecutivo al margen del control judicial y dentro del principio de control democrático.

Con carácter general, aunque se ha aceptado el control del Parlamento en relación a los secretos de Estado, tal aceptación no existe en las relaciones en esta materia entre el Gobierno y el Poder Judicial. Ello es así porque a través del control parlamentario, con procedimientos restringidos, se sigue garantizando el secreto de las informaciones que son dadas a conocer al Parlamento, frente a los principios de publicidad y contradicción que rigen la actuación de los jueces.

En el caso de **Alemania**, como es sabido, el art. 5 de la Ley fundamental de Bonn garantiza la libertad de información con los únicos límites establecidos «por las prescripciones de las leyes generales». Sin embargo, en el ordenamiento jurídico alemán existe una pluralidad de disposiciones que se refieren a esta materia, no existiendo una disposición unitaria que regule el secreto de Estado, pudiendo afirmarse que la tensión entre el secreto de Estado y el derecho a la información se ha hecho patente en este país, habiéndose producido importantes sentencias por parte del Tribunal Constitucional, como fue la producida con motivo del mandato de registro del periódico *Der Spiegel*.

Así, la Ley de funcionarios federales, de 27 de febrero de 1985, obliga a los funcionarios a mantener secreto de los asuntos de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de su actividad oficial, de manera que «el funcionario no podrá dar testimonio ni declarar sobre estos asuntos ni ante un tribunal ni extrajudicialmente sin haber sido autorizado para ello. La autorización la dará su superior jerárquico» (art. 61). Además, el art. 54 de la Ley de enjuiciamiento criminal declara aplicable la necesidad de autorización del superior jerárquico cuando se trate de tomar declaración como testigos a funcionarios en relación con circunstancias a las que se refiere su obligación de mantener el secreto profesional y de utilizar sus declaraciones.

Por tanto, en virtud de ambos artículos, se impide la declaración testimonial de funcionarios y la entrega de documentos cuando así lo determine el Ejecutivo por estimar que ello puede afectar a la seguridad del Estado. Sin embargo, tanto la doctrina alemana como la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, especialmente en su Sentencia de 26 de mayo de 1981, destacan la necesidad de ponderar el interés del secreto oficial y el de la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta la gravedad del delito y el alcance de los perjuicios que se puedan ocasionar a la parte recurrente.

En todo caso, el Gobierno puede excluir el control parlamentario en virtud de la Ley de control parlamentario sobre las actividades del Servicio Secreto del Estado, de 27 de mayo de 1992, ya que puede negarse a dar información sobre ciertos procedimientos, justificando su negativa ante la Comisión Parlamentaria de Control.

En Francia, al no existir una clara delimitación jurídica en torno al secreto de Estado, la Administración ha podido hacer uso frecuente de sus facultades discrecionales. Sin embargo, en los últimos años se han aprobado una serie de disposiciones que han alterado la situación anterior.

Así, mediante el Decreto núm. 81-514, de 12 de mayo, relativo a la organización de la protección de los secretos y de las informaciones concernientes a la defensa nacional y a la seguridad del Estado, se han tipificado las diversas clases de secretos. Por su parte, el art. 10 de la Ordenanza de 4 de febrero de 1959, que regula el Estatuto de los funcionarios, les somete a una obligación general de secreto profesional, del que no pueden desligarse sino es con autorización de sus respectivos ministros, obligación que es oponible frente al juez, como se ha visto posteriormente confirmado con sucesivas decisiones del Consejo de Estado, especialmente el asunto del «Canard Enchaîne». En efecto, el 29 de agosto de 1974, el Consejo de Estado emite dos «Avis», en los que señala que si bien los funcionarios deben atender a los requerimientos judiciales, sin embargo, al ser detentadores de un secreto de defensa nacional, tenían la obligación de no divulgar las informaciones, protegidas incluso frente a la jurisdicción.

Además, en virtud del art. 7 de la Ordenanza de 17 de noviembre de 1958, las comisiones de investigación y de control del Parlamento tienen impedido el acceso a secretos que se refieran a la defensa nacional, los asuntos exteriores y la seguridad interior o exterior del Estado.

Sin embargo, más recientemente, y a raíz del denominado «caso de las escuchas telefónicas», el ministro francés de Defensa Alain Richard, presentó el 17 de diciembre de 1997 un proyecto de ley que regulará el acceso judicial a los documentos clasificados como «secreto de defensa», todo ello a favor de la transparencia y para evitar los problemas surgidos en esta materia. Hasta ahora, cuando un juez solicitaba este tipo de in-

formación sobre materias reservadas su concesión dependía de la decisión que tomara, a este respecto, el primer ministro.

En el proyecto de ley se proponía crear una comisión independiente, formada por tres personalidades a las que el primer ministro deberá preceptivamente someter a consulta el levantamiento de un secreto de defensa, intentado con dicha comisión conciliar las responsabilidades del Estado en materia de seguridad con la búsqueda de la verdad por parte de los jueces.

En cuanto a la formación de la comisión, su presidente sería el responsable de la Comisión Nacional de Control de Seguridad (CNIS), y los otros dos miembros serán escogidos por el presidente de la República entre seis nombres previamente seleccionados por los presidentes del Tribunal Supremo, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, es decir, los máximos representantes de las tres jurisdicciones vigentes en Francia.

El dictamen de la comisión no será vinculante, aunque deberá hacerse público en un plazo máximo de dos meses tras la petición judicial. Por otra parte, al tratarse de una omisión con poderes de investigación ilimitados, el posible demandante tendrá la garantía de que la excepción de secreto de defensa sólo será esgrimida cuando esté plenamente justificada.

En Italia, el secreto de Estado se caracteriza por la falta de una normativa que permita al ciudadano conocer las motivaciones de la actuación de los poderes públicos. Así pues, rige el principio de *non cognoscibilità o non pubblicita* de los documentos, si bien, como señala la doctrina italiana, dicho principio no coincide con el de *segretezza*, porque mientras este último implica una obligación de no divulgar la información, obligación que si no se cumple puede ser objeto de sanción penal, y/o administrativa, el primero supone únicamente la inexistencia de una obligación positiva de hacer pública la información.

El art. 12 de la Ley 801/1977, sobre institución y orden de los servicios para la información y la seguridad y la disciplina del secreto de Estado, establece que están cubiertos por el secreto de Estado «los actos, los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para provocar daño a la integridad del Estado democrático, incluso en relación a los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones establecidas por la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado en relación a otros estados y a sus relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa militar del Estado».

Con posterioridad, la Ley de 7 de agosto de 1990, que regula el derecho de acceso a los documentos administrativos, excluye «los documentos protegidos por el secreto de Estado en el sentido del art.12 de la Ley 801».

Además, la Corte en 1986 ha cerrado la única vía constitucionalmente posible para combatir la decisión del presidente del consejo, al declarar inadmisibles los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales planteado por un juez instructor de Florencia contra el presidente del consejo ante la oposición del secreto por este último a las pretensiones judiciales de investigar determinadas fuentes de los servicios secretos del Ministerio de Defensa (SISMI), lo que confirma definitivamente que la facultad para oponer el secreto de Estado impidiendo la continuidad de la acción penal se encuentra en manos del presidente del Ejecutivo, sin que exista vía alguna que permita el enjuiciamiento de los órganos judiciales.

No obstante, la Ley 801 sí prevé el control parlamentario al establecer en su art. 16 que en cada ocasión en que el presidente del consejo confirme la oposición del secreto de Estado está obligado a enviar una comunicación motivada a un comité parlamentario (art. 11 de la ley), formado por cuatro senadores y cuatro diputados elegidos por los presidentes de las cámaras de acuerdo a criterios de proporcionalidad y vinculados por el secreto. Si el comité considera infundada por mayoría absoluta dicha calificación, «se lo hará saber a cada una de las cámaras para las consecuentes valoraciones políticas». Desde el inicio mismo de sus actividades este comité ha optado por adoptar un papel activo en relación a las comunicaciones que le envía el Gobierno.

Tradicionalmente el Reino Unido ha sido considerado como *the country of administrative secrecy*. Ello, quizás sea debido a la propia singularidad del ordenamiento británico, pues en virtud del «Common Law Evidentiary Privilege», cuando la Corona es parte de un procedimiento o tiene interés en el mismo, puede usar su prerrogativa y rechazar la entrega de cualquier documento en el caso de que estime que la entrega es perjudicial para el interés público. Es decir, los ciudadanos, en principio, no tienen acceso a la información administrativa, siendo la finalidad de la legislación vigente la de favorecer el secreto. La primera Ley británica de secretos oficiales es de 1911, posteriormente modificada en diversas ocasiones.

Por otra parte, el propósito tanto de la Ley de secretos oficiales, como de la Ley del Servicio de Seguridad, ambas de 1989, es proteger la información que, de acuerdo con el interés público, no debe ser desvelada. Como consecuencia de ello, la responsabilidad por desvelar información no autorizada no se limita a los funcionarios o altos cargos, sino que se extiende a cualquier persona, incluidos periodistas y editores. Como han señalado entre nosotros Revenga y Santolaya, las reformas de 1989 presentan un indudable interés, tanto por tratar de huir de los medios clásicos de control democrático mediante el establecimiento de una serie de controles internos que tratan de garantizar los intereses en juego.

Es más, la Ley del Servicio de Seguridad huye de los medios clásicos de control democrático de la actividad de este tipo de servicios, es decir, del Parlamento y del Poder Judicial, siendo sustituidos por controles internos, pues se afirma que no puede abrirse el círculo de personas que tengan acceso a la información sin estar sometidos a los mecanismos de secreto, sin riesgo de la propia seguridad nacional. Por ello, se rechaza cualquier intervención parlamentaria en la materia, salvo la información que recibe de forma convencional el jefe de la oposición directamente del primer ministro.

La ley prevé el nombramiento de un comisionado, una persona que ostente o haya ostentado un alto cargo judicial, que revisará la autorización de operaciones de acuerdo con las prescripciones de la Ley del Servicio de Seguridad y presentará un informe anual al primer ministro, así como un «tribunal» que investigará las quejas acerca del servicio presentadas por cualquier persona afectada, y que puede conceder indemnizaciones. No hay, pues, ningún derecho a apelar o a cuestionar, ante cualquier juez o tribunal las decisiones del «tribunal» o del comisionado (art. 5,4 de la ley).

El efecto de esta regulación, de hecho es colocar a los servicios de Seguridad e Inteligencia fuera del control democrático. Por esta razón, y cumpliendo una de sus promesas electorales, el Gobierno de Tony Blair hizo público, el 11 de diciembre de 1997, los planes de su Administración para llevar a cabo una ley de libertad de información de gran alcance, destinada a acabar con «la tradicional cultura del secreto del gobierno». En un Libro blanco, que promueve la idea de acceso a la información oficial, el Gobierno de Blair ha manifestado el derecho a saber lo que hacen los organismos gubernamentales.

El texto señala que el público debe tener acceso a documentos relevantes en manos de las autoridades, excepto en el caso de que su publicación provocase un «daño sustancial». No obstante, se señalan siete áreas que continuarán siendo protegidas por la máxima reserva obligatoria, incluso cuando entre en vigencia el plan «Tenéis Derecho a Saber»: la cuestión de la seguridad nacional, los temas de defensa, los servicios de policía, la privacidad personal, la confidencialidad en el mundo del comercio, la seguridad pública y del ambiente y, finalmente, el amplio ámbito de la información suministrada confidencialmente.

En los **Estados Unidos** la regulación del secreto ha estado ligada a acontecimientos de carácter bélico (Segunda Guerra Mundial, Guerra de Corea...). Se distingue entre alto secreto, secreto y confidencial, teniendo como criterios determinantes el riesgo para la defensa nacional o para la política exterior del país. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado las potestades del Poder Ejecutivo y las facultades del control judicial sobre las mismas.

En cuanto al desarrollo legislativo habría que mencionar la National Security Act de 1947, la Executive Order de 1951, la Freedom Of Information Act de 1966 (que crea la FOIA, Freedom of Information Clerarin House), reformada en 1974 y 1976, la Classified Information Procedures Act de 1980 y el reconocimiento de libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda, que ha sido frecuentemente invocada en los casos más conocidos («Papeles del Pentágono» en 1971).

Después de la Segunda Guerra Mundial el recurso al secreto de Estado adquirió enormes proporciones, permaneciendo inmunes a los requerimientos de los tribunales y denegándose el análisis *in camera* de modo reiterado. Tras el caso de los «papeles del Pentágono», se desarrollaron nuevos instrumentos de control, consistentes en límites a la autorregulación, provenientes del propio Poder Ejecutivo (United States Intelligence Activities de 1976); controles parlamentarios, con la incorporación de notables avances (Foreing Intelligence Surveillance Act de 1978, Ley de 1991, sobre actuación de las comisiones parlamentarias); controles de carácter financiero, mediante la limitación de los fondos del Poder Ejecutivo, sin que los controles estrictamente judiciales hayan experimentado un desarrollo adecuado.

Tras este somero análisis y tras evidenciar que la materia de secretos de Estado recibe diferentes respuestas en los ordenamientos procesales y en los sistemas judiciales comparados, se puede afirmar que sí tienen en común que en ninguno de ellos se produce necesariamente la desclasificación formal de aquéllos cuando afectan a la seguridad del Estado, sino que permaneciendo como tales, los jueces o tribunales tienen acceso a los mismos, como medio de prueba o como objetivo de investigación, cuando así se decide definitivamente una vez agotados los recursos o procedimientos legalmente previstos, siempre que la Administración pública que los custodia se oponga a su entrega.

Como ha indicado Fulvio ROCCO, de forma generalizada «la constitucionalidad del secreto de Estado se traduce en la prohibición a la autoridad judicial de controlar la licitud de las conductas que se refieren a las exigencias de seguridad del Estado que, por su absoluta preeminencia, se imponen a la propia obligatoriedad del ejercicio de la acción penal».

3. El contenido de la futura Ley de secretos de Estado

Desde estas perspectivas debe ser analizada la necesaria reforma de la actual Ley de secretos oficiales. Y es que hoy resulta cada vez más necesario la regulación de esta materia en una nueva ley de secretos de Estado que, junto a las reformas procesales que se estimen necesarias y, teniendo en cuenta las experiencias del derecho comparado, aborde claramente toda una serie de cuestiones.

Antes de abordar éstas, es necesario poner de manifiesto que, a lo largo de estos últimos años, y por razones políticas por todos conocidas, se han producido una serie de decisiones jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo, así como la elaboración de determinados borradores o anteproyectos de ley que han abordado, de alguna manera, la problemática de los secretos de Estado, razón por la cual se hace necesario su análisis.

Con motivo de la interposición de tres recursos contencioso-administrativos de protección de derechos fundamentales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accede a la desclasificación de determinados documentos, la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo dictó, el 4 de abril de 1997, tres sentencias mediante las cuales se ordenaba al Gobierno que procediera a la cancelación como materia secreta de la mayor parte de los documentos solicitados y a su entrega al juzgado solicitante. Estas sentencias, que contienen importantes votos particulares suponen, evidentemente, un control judicial del acto de clasificación de materias reservadas, pero a nuestro criterio, la doctrina contenida en ellas no puede ser concebida como un sustitutivo de una futura y necesaria ley de secretos de Estado. Y ello por varias razones:

a) Las sentencias se dictan como consecuencia de un proceso judicial determinado, es decir, ante la interposición de tres recursos contencioso-administrativos contra un Acuerdo del Consejo de Ministros. Así pues, las mismas deben limitarse, en base al principio de congruencia, al objeto del recurso, no incidiendo en buena parte de la problemática inherente a los secretos de Estado. Y es que, al no encontramos en presencia de un proceso penal, que es donde adquiere su plena vigencia dicha problemática, difícilmente la Sala Tercera podía abordar todas las cuestiones que pueden plantearse.

b) Las sentencias se dictan, además, sin una base procesal suficiente, lo cual constituye una razón de más para proceder a la elaboración de la referida Ley de secretos de Estado que, junto a cuestiones de carácter sustantivo o material, debe también prever, los cauces procesales correspondientes para el necesario y adecuado control judicial.

Si bien la Ley de secretos oficiales restringe la publicidad del material declarado secreto, hasta el punto de que únicamente se permite el acceso al Congreso de los Diputados, al Senado y al Defensor del Pueblo en las condiciones que la propia ley fija, con estas sentencias, se ha admitido que los órganos judiciales conozcan sobre la validez del acuerdo denegatorio de desclasificación, alegando la superioridad del interés judicial en la averiguación de la verdad material sobre la seguridad o defensa del Estado.

Queda así configurado como tema central de este proceso y de todos los estudios y análisis que aparecieron con posterioridad el determinar los límites de la potestad jurisdiccional para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos.

Previamente, en Sentencia de 28 de junio de 1994, el Tribunal Supremo había fijado su postura en relación con la existencia de actuaciones imputables al Poder Ejecutivo no controlables por los órganos del Poder Judicial, tras analizar el art. 97 de la Constitución y su relación con el art. 106.1, argumentando la admisión de una actividad política del gobierno no sujeta a revisión judicial. El art. 97 enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 106.1 de la Constitución, de su gestión política, como señala el art. 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados.

La clara posición jurisprudencial sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se complica y origina auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción.

Entre estos principios y normas nos encontramos con el art. 24.1 de la Constitución, en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva, derecho que parece, en principio, incompatible con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. La aprobación definitiva de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, parece ofrecernos una solución definitiva en su art. 2 a).

Como reiteradamente ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional (Sentencia 110/1995, de 4 de julio), del reconocimiento del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el art. 24.2 de la Constitución no se deriva necesariamente «que la temática probatoria no pueda estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva por el párrafo 1 del art. 24 de la Constitución Española».

Entrando ya en la problemática de este asunto, en la primera decisión tomada al respecto, el Tribunal de Conflictos declaró en su Sentencia de 14 de diciembre de 1995 la competencia del Ministerio de Defensa para resolver sobre la entrega de los documentos, informaciones y relaciones personales objeto de los requerimientos.

En su fundamento jurídico quinto y último indicaba que «el juez de Instrucción que considere necesarios, a los fines de la investigación su-

marial, determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él, por medio de exposición razonada –art. 187 de la Ley de enjuiciamiento criminal– al objeto de que la traslade al órgano competente –Consejo de Ministros– y éste pueda valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia».

Es por todo ello que en las sentencias de 4 de abril de 1997, el Tribunal Supremo indica, desde un primer momento, que los actos de clasificación merecen la calificación de actos políticos (o de «dirección política» como se indica en las sentencias), al igual de los de desclasificación.

Precisamente, una de las cuestiones planteadas al Consejo de Estado y objeto de su Dictamen de 18 de julio de 1996 se refería al régimen jurídico que correspondería a la decisión del Consejo de Ministros de cancelar la calificación como «materia clasificada». Este dictamen diferencia los siguientes modos de expresión de la voluntad del Gobierno: actos de gobierno, actos administrativos y disposiciones generales, aunque establece unos criterios comunes a todos ellos: «Todos los acuerdos del Consejo de Ministros, cualquiera que sea la forma que adopten, ya tengan contenido normativo o no, ya sean de gobierno o administrativos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como toda la actividad de los poderes públicos (art.9.1 CE) ... Los actos a través de los cuales el Gobierno ejercita sus funciones están regulados jurídicamente, no son actos exentos o vacíos de derecho.»

De ello deduce el Consejo de Estado que, cualquiera que sea la naturaleza del acto, siempre existen ciertos elementos reglados, aun cuando el fondo del acto pueda tener un contenido discrecional; en este supuesto, consideran elementos reglados, la competencia que corresponde al Consejo de Ministros, así como la forma expresa y motivada del acuerdo, concluyendo: «Por lo que se refiere a la falta de afectación a la defensa nacional y seguridad del Estado, que es presupuesto esencial para la desclasificación de un documento, el Consejo de Ministros goza de un amplio margen de discrecionalidad que, naturalmente, coexiste con la interdicción de la arbitrariedad y la exclusión del ejercicio de las potestades conferidas por razones o para fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional. Y parece claro que en la clasificación como secreto de un determinado documento o materia o en su desclasificación –siendo como son actos jurídicos– están presentes, siempre, aspectos políticos susceptibles de valoraciones mudables en el tiempo y cuya apreciación, por tanto, puede variar al hilo de las circunstancias concurrentes».

Siguiendo esta argumentación, el Tribunal Supremo constató la adecuación a derecho de los elementos reglados del acuerdo del Gobierno, asegurando que «la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso acreedora a su calidad de secreta», lo que suponía reconocer, sin duda, que los documentos objeto de análisis afectaban a la seguridad y defensa del Estado y merecían, pues ser clasificados como secretos. Sin embargo, este reconocimiento resulta, cuando menos contradictorio, con la estimación del recurso en relación a varios de los documentos cuya desclasificación fue denegada, tomando como base los arts. 9 y 24.1 de la Constitución e introduciendo un nuevo concepto, «jurídicamente asequible», haciendo referencia a los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse los actos de dirección política.

Como señala en su voto particular el magistrado Ledesma Bartret, no se indica cuáles son los conceptos judicialmente asequibles que el acuerdo ha aplicado o ha interpretado de modo contrario a derecho y tampoco se exponen aquellos elementos que demuestran que la seguridad del Estado no se ve afectada por la desclasificación. Esto supone ir más allá de lo judicialmente posible, puesto que sustituye el criterio del Consejo de Ministros por el del Tribunal y ello, tras aceptar la propia sentencia que el gobierno ejerció funciones de dirección política y que el contenido de la información clasificada era acreedora a la calificación de secreta.

También en voto particular el magistrado Peces Morate alegaba que «a través del complejo y singular sistema aplicado ni se protege mejor la seguridad del Estado ni se salvaguardan más eficazmente los derechos a usar los pertinentes medios de prueba y a la efectiva tutela judicial, sino que, por el contrario, se ha desarrollado un intrincado proceso perturbador de la claridad y sencillez del sistema de competencias reconocidas por la ley a los jueces y tribunales de las órdenes penal y contencioso-administrativo».

Con este pronunciamiento del Tribunal Supremo se hace necesaria una reforma de la normativa reguladora de los secretos de Estado, en la que se garantice de igual forma el principio de seguridad nacional (lo que puede implicar ciertas restricciones en el principio de publicidad) de la acción estatal frente a cualquier autoridad, incluida la judicial, y el derecho a la tutela judicial efectiva. La experiencia reciente ha planteado cuestiones que exigen una respuesta desde la legalidad. Siempre que el legislador haya definido los límites o requisitos, los tribunales deben aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o el incumplimiento de los requisitos previstos en el Gobierno hubiese podido incurrir al tomar la decisión.

La regulación actual del secreto de Estado se ha mostrado claramente insuficiente para dar respuesta a los problemas legales que se plantearon y dieron lugar a la decisión del Tribunal de Conflictos de 1995 y a las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. De hecho, las citadas sentencias no resuelven el conflicto planteado, puesto que debe ser la ley la que regule esta materia, sin que pueda dejarse al mero control judicial.

Si bien es cierto que el Tribunal de Conflictos declaró en su Sentencia de 14 de diciembre de 1995 que la limitación de las facultades judiciales que entraña la Ley de secretos oficiales no resulta contraria a los principios y normas constitucionales, en tanto no deja fuera de la labor investigadora del juez espacio delictivo alguno sino que se limita a «modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios» y en cuanto dicha modulación responde al «objeto de tutelar otros intereses o valores que el ordenamiento quiere proteger» como son los intereses de la seguridad del Estado y la defensa nacional (FJ 4º), también quedó de manifiesto que la Ley de secretos oficiales no precisaba si era necesario o no desclasificar previamente un documento para entregárselo al juez.

Por su parte, el Tribunal Supremo en las sentencias indicadas declara, en primer lugar, la constitucionalidad de la Ley de secretos oficiales, por considerar que la Constitución ampara el que se encomiende al Gobierno, que ostenta la dirección de la defensa del Estado, la competencia primaria para decidir «sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad» por razones de seguridad y defensa, competencia que encuentra su justificación en «las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa» y en la necesidad de «preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de derecho».

Obviamente, la modificación de la actual normativa debe ser profundamente meditada y, por ello, realizada ajena a condicionantes externos que en un momento dado, saltaron a los medios de comunicación y afectaron tanto al Ejecutivo, como al Poder Judicial, manteniendo, ciertamente marginado, al Parlamento y sin valorar los medios que la propia Constitución le reconoce.

En nuestro ordenamiento, al igual que en otros países de nuestro entorno, el control de los secretos oficiales se concentra en el Parlamento. Tras la reforma que supone la Ley 48/1978, el nuevo art. 10.2 de la Ley de secretos oficiales, establece que la declaración de «materias clasificadas» no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas. Este control parlamentario se ha realizado a través de la creación de una co-

misión específica y restringida, la Comisión Oficial de Secretos del Parlamento, cuyos miembros están obligados a guardar el secreto de las informaciones que conocen por pertenecer a ella.

Lo que se plantea tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 es que junto con el citado control parlamentario, también se regule en la nueva ley reguladora de los secretos oficiales el posible control judicial, de manera que los órganos judiciales puedan conocer y utilizar secretos oficiales en la medida necesaria para la averiguación de los delitos.

No obstante, hay que tener en cuenta que el requerimiento de los documentos clasificados efectuado por las autoridades judiciales tiene como objeto su utilización a los fines de la investigación sumarial y de la preparación de los soportes probatorios de un ulterior pronunciamiento jurisdiccional tras el juicio oral. Ello impide el mantenimiento de su carácter secreto, pues la fase del juicio oral se sigue bajo el principio de publicidad, por lo que no cabe el acceso al conocimiento de los documentos clasificados mientras éstos sigan manteniendo su carácter de secretos.

Intentado evitar los vacíos legales existentes en torno a las relaciones entre los órganos constitucionales y los poderes públicos, sobre todo las relaciones entre el Ejecutivo, específicamente el Consejo de Ministros (el único órgano competente para determinar lo que debe denominarse como tal secreto) y el Poder Judicial, en cuanto que el contenido de las relaciones del Gobierno con el Parlamento en esta materia ya quedó definido tras la reforma de la Ley de secretos oficiales en 1978, cuando se estaba también elaborando la propia Constitución, el Consejo de Ministros aprobó el 23 de agosto de 1996 un Anteproyecto de ley de secretos oficiales, que intentaba resolver el aspecto más discutible de la problemática planteada en relación a los secretos de Estado, es decir, si los jueces tienen derecho o no a conocer los secretos oficiales.

Se pretendía conjugar los principios de seguridad y defensa del Estado con el pleno desarrollo y ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución, adecuando, al mismo tiempo, la nueva normativa a las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales. El contenido de este anteproyecto de ley fue sometido a informe del Consejo General del Poder Judicial, el cual se pronunció en contra de determinados preceptos, sin duda los más polémicos del mismo.

Posteriormente, se publicaba en un periódico (diario ABC, de 24 de marzo, pág. 13; de 5 de abril, pág. 24 y de 6 de abril de 1997, pág. 35) otro anteproyecto de ley reguladora de los secretos de Estado, con un contenido sustancialmente diferente al anterior y que recogía buena parte de las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder

Judicial. En su exposición de motivos se indicaba: «... con el objetivo de arbitrar un cauce procesal específico que concilie los valores constitucionales protegidos por el secreto de Estado con los derechos reconocidos en la Constitución, se establece la posibilidad de reiterar, por los jueces y tribunales, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aquellas solicitudes de descalificación que hayan sido denegadas por el Consejo de Ministros. También se establece que los acuerdos del Consejo de Ministros sobre desclasificación de secretos de Estado puedan ser recurribles ante la mencionada sala».

Teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida por nuestro Tribunal Supremo, así como el contenido de los diferentes borradores y/o anteproyectos de ley mencionados, es posible abordar ya las líneas maestras de lo que ha de ser la futura Ley de secretos oficiales en nuestro ordenamiento. A tal efecto, efectuaremos las siguientes distinciones:

1) En cuando al **elemento subjetivo**, es decir, a los órganos que tienen en exclusiva la potestad de calificar las «materias clasificadas», ésta debe corresponder únicamente al Consejo de Ministros, pudiendo preverse la posible existencia de una «clasificación legislativa», como competencia del Parlamento a través de una ley, tal y como sucede con los gastos o fondos reservados, regulados en el art. 59.3 de la Ley general presupuestaria y especificados cada año en la correspondiente ley de presupuestos. Junto a esta regulación hay que mencionar la Ley 11/1995, de 11 de mayo, de regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.

Salvo esta única excepción, no somos partidarios de la existencia de una pluralidad de órganos competentes, como sucede en los Estados Unidos, donde, además, está permitida la delegación. Al propio tiempo, es conveniente señalar que no debe primar tanto la voluntad del órgano competente como la apreciación objetiva de las circunstancias que puedan afectar a la seguridad del Estado. Asimismo se debe regular la voluntad, expresa o tácita, de que el secreto deje de serlo, especialmente si desaparece el elemento objetivo. A este respecto, debería tenerse en cuenta la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico sueco, en virtud de la cual el órgano competente, sin necesidad de proceder a una desclasificación, pueda autorizar el conocimiento puntual del documento calificado como secreto, si lo estima así necesario para la defensa de los intereses públicos.

Además, es preciso efectuar una distinción entre los términos «clasificar» y «calificar». La función de clasificación se realiza por medio de una declaración. Por su parte, la calificación es una distinción que se realiza sobre la materia previamente declarada como clasificada. Aunque ambos actos suelen realizarse simultáneamente, la competencia de los órganos

legitimados es para calificar, pero no para clasificar, pudiendo interpretarse que el legislador ha querido que sean los mismos órganos los que realicen ambas funciones. Por ello, debe precisarse, a fin de evitar la confusión entre clasificación y calificación, cual es la naturaleza jurídica de ambas funciones, a efectos de su posible control jurisdiccional. Quizás la solución consista en establecer, como sucede en el ordenamiento jurídico sueco, que la calificación de secreto de un documento no alcanza al registro en que éste se encuentre, con lo cual se puede predicar el carácter público de la propia clasificación, permitiendo la posterior impugnación de la misma, ya que la posible denegación de su consulta habrá de ser motivada.

Frente a estos planteamientos, la regulación de la actual Ley de secretos oficiales atribuye la potestad de calificar las materias clasificadas al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor (cuya competencia debe entenderse hoy derogada por lo dispuesto en la Ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, modificada por Ley orgánica 1/1984, de 5 de enero, pues lo configura como el órgano colegiado de asesoramiento militar, pero no de la defensa nacional, no estando entre sus funciones la de clasificar secretos oficiales y sin que exista una remisión a lo que dispongan otras leyes), reduciendo notoriamente los titulares legitimados en la versión de 1968, donde se atribuía también a los jefes de las misiones diplomáticas en el extranjero e incluso, aunque con carácter provisional y sujeta a ratificación posterior en el plazo de 72 horas, a los directores generales de Seguridad y de la Guardia Civil, los jefes de Estado Mayor de cada uno de los tres ejércitos, el jefe de defensa aérea, los capitanes generales de las regiones militares, departamentos marítimos y regiones aéreas, y los gobernadores civiles.

Por su parte, el Anteproyecto de ley orgánica reguladora de secretos oficiales legitimaba como titulares de la clasificación tanto al Consejo de Ministros como a los ministros competentes por razón de la materia, siempre que, en este último caso, se refiera a las categorías de secreto o confidencial, prohibiéndose que las facultades de clasificación puedan ser transferidas, desconcentradas o delegadas, y exigiendo la motivación de los acuerdos y resoluciones correspondientes.

Frente a ello, el informe del Consejo General del Poder Judicial señalaba que únicamente debía ser el Gobierno, a través del Consejo de Ministros y, en su caso, del presidente del Gobierno, indicando que la redacción dada por el anteproyecto resultaba excesivamente genérica, pues podía «originar indirectamente una situación de delegación de funciones o cuando menos dejar en la indefinición aspecto tan esencial como la determinación de la autoridad competente para la catalogación, concepto éste que no puede ser utilizado sin una previa definición y deli-

mitación de su contenido». En consecuencia con ello, el borrador aparecido en la prensa establece que las facultades de clasificación únicamente corresponden al Consejo de Ministros, a propuesta del titular del departamento competente por razón de la materia, sin que, en ningún caso, estas facultades puedan ser transferidas, desconcentradas o delegadas. Con ello, se opta por una solución correcta, con la única salvedad de que no se ha previsto la posibilidad de que el órgano competente, sin necesidad de proceder a la desclasificación, pueda autorizar el conocimiento puntual de un documento calificado como secreto.

2) En cuanto al elemento objetivo, hay que evitar, en la medida de lo posible, acudir a conceptos jurídicos indeterminados, produciéndose la determinación del mismo de forma restrictiva y de acuerdo con los postulados de un Estado democrático, debiendo distinguirse claramente entre el riesgo y el daño efectivo de los bienes dignos de protección. A este respecto, resulta imprescindible establecer una lista en materias cerrada, en cuya determinación han de tenerse en cuenta los tratados internacionales suscritos, sin la posibilidad de cláusulas residuales, así como unos límites temporales que no resulten abusivos. Todo ello tendente a intentar determinar un concepto objetivo de lo que sean secretos de Estado, sin que pueda admitirse el principio de absoluta discrecionalidad de los órganos competentes, aunque sí una cierta libertad de apreciación. Las materias no pueden ir más allá de los parámetros establecidos en el art. 105 b) CE. Por su parte, el principio de publicidad exige comunicar al Parlamento la relación de materias clasificadas, que también pueden ser objeto de publicación en el BOE.

De la regulación efectuada por la Ley de secretos oficiales puede afirmarse que el secreto de Estado es aquel que tiene como elemento objetivo la seguridad nacional y la defensa del Estado, concebida ésta en un sentido amplio (político, militar, científico, económico, diplomático). Sin embargo, la idea de seguridad y defensa del Estado ha experimentado una importante evolución histórica, condicionada en buena medida por la cesión de competencias a organizaciones de carácter supranacional, que debe tenerse en cuenta en todo proceso interpretativo y en toda futura regulación normativa.

Pensemos, a modo de ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Central Militar de 11 de julio de 1989, según la cual «del actual concepto de la defensa nacional como función esencial del Estado que supera la dimensión de la defensa militar estricta para integrarse en la política general del Estado, teniendo en cuenta las exigencias militares, internacionales, socioeconómicas e, incluso, científicas, la protección de los secretos de Estado comprende no sólo los circunscritos al orden militar, sino todos aquellos que pueden afectar a la seguridad de la nación, aunque sean

de índole política, diplomática o meramente económica». O en la sentencia núm 86, de 24 de mayo de 1977, de la Corte Constitucional italiana, cuando señala que «sólo en los casos en los cuales se trata de actuar para la salvaguardia de estos intereses supremos o imprescindibles del Estado puede encontrar legitimación el secreto como medio o instrumento necesario para llegar al fin de la seguridad»).

Y es que no hay que olvidar que el término «seguridad y defensa del Estado» se reconoce en el propio Convenio de Roma (arts. 6.1., 8.2., 10.2. y 11.2.) y en otras disposiciones internacionales, habiendo sido ya objeto de una adecuada interpretación jurisprudencial. Si bien es cierto que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, el mismo no se puede identificar con la idea de seguridad ciudadana, entendida ésta como una noción más precisa que la de orden público, pues «se centra en la actividad dirigida a la protección de las personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas» (STC 33/1982, de 2 de junio).

Por ello se hace necesario acudir a los contenidos normativos existentes en otras disposiciones a fin de determinar el núcleo esencial de la seguridad nacional. A este respecto, el art. 2 de la Ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por Ley orgánica 1/1984, de 5 de enero, dispone 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, debiendo los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad 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, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». A continuación el art. 3 señala que «la defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional».

Se hace preciso superar las referencias contenidas en la Ley sueca de 1766 (que engloba cuestiones tales como «la seguridad del país y las relaciones con potencias extranjeras, la protección debida a los intereses económicos del Estado, de las colectividades y de los particulares, la seguridad individual, la moral y las buenas costumbres»), y orientarse en la línea apuntada por la Corte Constitucional italiana, cuando habla de los «casos en que sea indispensable para tutela la seguridad interior y exterior del Estado frente a acciones materialmente violentas» (sentencias 82 y 86 de 1976), o el Tribunal Supremo norteamericano, cuando habla de «afectar a aquellas actividades del Gobierno que tengan relación di-

recta con la protección de la nación frente a la subversión interna y la agresión exterior» (caso Cole vs. Young, 1995).

En esta línea se inscribe nuestra jurisprudencia constitucional al señalar que las noticias e informaciones «encuentran su límite indiscutible en la seguridad interior y exterior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan, no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política». (STC 51/1985, de 10 de julio).

Frente a estos planteamientos, la regulación efectuada por el art. 2 de la actual Ley de secretos oficiales, modificado en 1978, presenta una extraordinaria amplitud, al señalar que «a los efectos de esta ley podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado». Si comparamos esta regulación con la que efectúa, a modo de ejemplo, la Ley italiana núm. 801, de 24 de octubre de 1977, las diferencias son evidentes: «Quedan cubiertos por el secreto de Estado los actos y los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para causar un daño a la integridad del Estado democrático, incluso en relación con los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones fundamentales establecidas por la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado respecto a otros estados y a las relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa del Estado» (art. 21.1.), señalando, asimismo, que «en ningún caso pueden ser objeto de secretos de Estado hechos contrarios al orden constitucional» (art.12.2.). También sería conveniente, siguiendo el ejemplo de la experiencia británica tras la Ley de 1989, que, según Revenga, significa «un notable esfuerzo de sus redactores por ir más allá de las cláusulas indeterminadas que, por pura inercia, son de costumbre en este campo», especificando en cada una de las materias lo que es dañino para los intereses protegidos, puesto que de nuestra legislación se deduce claramente que no se exige la existencia de un daño, sino que basta un peligro que ni siquiera hay que actualizar, siendo suficiente con que sea abstracto.

Por su parte, el art. 1 del Anteproyecto de ley orgánica reguladora de secretos oficiales se caracterizaba por los siguientes notas:

1) Por el establecimiento de una lista de materias sumamente indeterminada, sin conexión directa con la seguridad y defensa del Estado.

2) Por la existencia de una cláusula residual, que permitía incluir to-

das aquellas actividades básicas relacionadas con la seguridad y defensa del Estado no comprendidas en los apartados anteriores.

3) Finalmente, no sólo se hablaba de ocasionar daños, sino que también contemplaba la posibilidad de entranar riesgos.

Por otro lado, hay que señalar que parecía producirse una identificación entre los términos seguridad nacional y defensa del Estado, cuando parecen existir diferencias entre ambos. Así lo entendió el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley orgánica de secretos oficiales, al señalar que mientras la defensa del Estado «apunta a la salvaguardia de la soberanía e independencia de España, de su integridad territorial y a la protección de la Constitución», en cambio la seguridad «tiene una dimensión preferentemente interior, de seguridad pública, y contempla las condiciones elementales de convivencia que hacen posible el ejercicio de los derechos y libertades».

Cuando la materia es declarada clasificada se convierte en indisponible, excluyéndose del principio de publicidad. La Ley de secretos oficiales establece dos categorías, la de secreto y reservado (art. 3). Tanto el Anteproyecto de ley orgánica de secretos oficiales como el borrador publicado en la prensa, siguiendo el modelo norteamericano, distinguen tres casos de materias reservadas: alto secreto, secreto y confidencial. En el primero de ellos se englobarían materias tales como la soberanía, independencia e integridad territorial de España; el ordenamiento constitucional y el funcionamiento regular de sus instituciones; y los criterios, medios materiales y actuaciones esenciales para la defensa militar de España. Como secreto podrían ser objeto de clasificación: los intereses fundamentales de España en el exterior; y los aspectos esenciales de la organización y funcionamiento de los servicios de Inteligencia del Estado, especialmente en lo relativo al carácter anónimo de sus agentes o colaboradores y a la confidencialidad de las fuentes de información. Finalmente, como confidencial podrían clasificarse los intereses fundamentales del Estado en materia económica, industrial o científica; y aquellas otras actividades básicas relacionadas con la seguridad y la defensa del Estado no comprendidas en los apartados anteriores.

Como ya señalábamos, todo este listado de materias debe tener una relación clara y directa con la seguridad y defensa del Estado. En este sentido, el informe del Consejo General del Poder Judicial ya ponía de relieve que no es suficiente cualquier amenaza potencial a la soberanía, independencia e integridad territorial de España o al ordenamiento constitucional y al funcionamiento regular de sus instituciones, «sino exclusivamente aquellos factores de riesgo grave y cierto que comporten un elemento de violencia o de utilización de medios prohibidos por la Constitución. A su vez –añadía– no todos los intereses de España en el exterior, ni todos los intereses del Estado en materia industrial, tecnoló-

gica o científica pueden resultar amparados bajo el secreto de Estado, salvo que comporten una directa incidencia sobre la seguridad y la defensa. Del mismo modo, la propia cláusula residual requeriría una mayor concreción, para precisar en todo caso la afectación negativa de los valores que justifican la declaración de secreto».

Por su parte el borrador publicado por la prensa, tras indicar que las materias enumeradas han de afectar directamente a la seguridad y defensa del Estado, suprime la cláusula residual que tantas críticas había suscitado. Al propio tiempo, y aunque se mantienen las tres categorías de protección, se modifica el ámbito de las mismas, englobándose dentro de la categoría de «altos secretos» también a «los criterios, medios materiales y actuaciones esenciales para la defensa militar de España». Junto a ello, se establece un distinto régimen jurídico para cada categoría de secreto, que puede afectar tanto a las medidas de protección como a la posible desclasificación de los mismos, señalándose que en los dos primeros casos las clasificaciones se consideraran automáticamente canceladas al cumplirse el plazo de 50 años, y en el supuesto de clasificaciones confidenciales por el transcurso de 25, pudiendo, en cualquier caso, el órgano competente prorrogar la vigencia de la clasificación. Estos plazos parecían excesivos, razón por la cual fueron reducidos a 25 y 10 años, respectivamente, estableciéndose la prórroga de la vigencia con carácter excepcional.

3) Por lo que se refiere al **procedimiento** para la declaración de materias clasificadas, hay que dejar claro que se trata de una cuestión plenamente judicial, pues el acto formal de clasificación es un acto administrativo, correspondiendo su conocimiento a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, debe preverse que la decisión dictada por el órgano competente deba estar motivada, correspondiendo también a los órganos judiciales el control sobre el contenido del acto de clasificación, pues no se puede aceptar la presunción de que lo clasificado es siempre correcto.

4) Finalmente, en cuanto a los diferentes **sistemas de control**, hay que señalar que el control parlamentario debe mantenerse en los términos actuales, con la posible incorporación del Senado al mismo, potenciando el control por parte del Defensor del Pueblo, como sucede en otros países, donde el Ombudsman tiene acceso a los secretos oficiales, pero no puede divulgar la información, mediante la reforma del art. 22 de su Ley orgánica, pues, según este precepto, si bien puede solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos los clasificados como secretos, se permite que el Consejo de Ministros, mediante una certificación acreditativa

del acuerdo, pueda denegarlo, ante lo cual el Defensor del Pueblo únicamente puede ponerlo en conocimiento del Parlamento.

Pero la cuestión más problemática, como anteriormente apuntábamos, no es otra que el posible control judicial. A este respecto, hay que desechar el modelo de control *in camara* norteamericano por no resultar aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pues supondría una vulneración del principio de contradicción. Y es que en el proceso penal rige el principio de publicidad con especial intensidad. En la fase del sumario no hay problemas especiales, pues al no practicarse en él prueba alguna no hay violación posible del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. En cambio, en el juicio oral las notas capitales son la publicidad y la contradicción.

Si se traslada al proceso un secreto de Estado ¿cómo se va a garantizar ese secreto en el seno de un proceso público? ¿Sólo se puede garantizar por la declaración de secreto de todo el proceso? ¿Qué deberes nuevos nacen para los titulares del órgano jurisdiccional y las partes? En cualquier tipo de proceso es jurídicamente imposible y se viola el derecho a un proceso con todas las garantías y el principio de igualdad de armas, el mantener secretas ciertas pruebas frente a las partes. De este modo parece llegarse a un punto insoluble: el deber de guardar el secreto es inconciliable con la comunicación al juez de la información secreta o reservada, pues la comunicación a las partes parece llevar implícitamente la vulneración del secreto, con lesión de los bienes jurídicos protegidos por el mismo, y el no proporcionar o incorporar al proceso estos datos que por el órgano judicial han sido admitidos como pruebas pertinentes, conlleva una auténtica indefensión, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Anteproyecto de ley orgánica reguladora de secretos oficiales no parecía resolver ninguna de estas cuestiones. En efecto, tras mantener el mismo modelo de control parlamentario, con la posible inclusión del Senado, así como las competencias del Defensor del Pueblo, contemplaba únicamente la posibilidad de desclasificación a solicitud judicial. A tal efecto, se atribuía al órgano competente, que podrá proceder a una desclasificación total o parcial, la posibilidad de conceder o denegar la solicitud, mediante acuerdo o resolución motivado, que debería ponderar los intereses generales protegidos por el secreto y el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas.

Por su parte, el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto anterior, tras poner de relieve la necesidad de conciliar el secreto de Estado con el derecho a la tutela judicial efectiva, señalaba la conveniencia de revisar la legislación procesal a fin de «dejar explícitamente establecidas las consecuencias que la declaración del secreto de Estado comporta respecto de la marcha del proceso y, en especial, del proceso pe-

nal», proponiendo, a tal efecto, el establecimiento de un cauce procesal ante el Tribunal Supremo.

Finalmente, el borrador publicado por la prensa, recogiendo el parecer del Consejo General del Poder Judicial, establece que una vez denegada, total o parcialmente, la solicitud judicial por parte del Consejo de Ministros, aquél podrá reiterar su petición ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, cuya decisión no será susceptible de recurso, sin perjuicio del posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

4. Conclusiones

Con la finalidad de solucionar la paradoja inicialmente aludida y pretendiendo buscar un equilibrio entre el secreto de Estado y el principio de publicidad, entendiendo que el secreto no puede prevalecer, en todo caso, sobre la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar en un proceso todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, es posible ofrecer diversas soluciones, que no han sido contempladas en los diversos proyectos de ley que hemos analizado y que pueden ser tenidas en cuenta, como propuestas *de lege ferenda*, a fin de poder ofrecer una solución adecuada de los derechos e intereses en conflicto.

1. Como ha propuesto Díez Picazo, se podría introducir una especie de cuestión incidental ante uno o varios órganos judiciales según la naturaleza del procedimiento (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia), implicando ello que cada vez que en el curso de un proceso se invoque la legislación de secretos de Estado, habría que detener las actuaciones y remitir la cuestión a dicho órgano, el cual examinaría tanto la regularidad formal del acto de clasificación como que la información es susceptible de ser clasificada, contemplándose también la existencia de un sistema de plazos preclusivos de respuesta del órgano competente al requerimiento judicial. Ello supondría una solución semejante a la realizada en el caso del control parlamentario, impidiendo que todos los titulares del Poder Judicial fuesen competentes, como no lo son todos los parlamentarios, para ejercer el control judicial sobre las materias clasificadas.

2. Partiendo de que la naturaleza del secreto reside no en la imposibilidad de acceder al conocimiento de una determinada materia, sino más bien en que el conocimiento de esta materia nunca puede ser objeto de divulgación, para que un tercero con interés legítimo pueda conocer un secreto oficial no es preciso siempre la previa desclasificación del mismo, siempre que exista un interés relevante y jurídicamente establecido. Y es que la previa desclasificación de una materia puede ser una

medida excesiva para el fin que se pretende alcanzar, pues una vez desclasificada, no se puede impedir su divulgación.

3. Una vez admitida la titularidad del Consejo de Ministros para clasificar, las materias reservadas, es necesario prever una serie de controles internos, de carácter administrativo, tal y como revelan los modelos inglés y norteamericano, tanto en el proceso de clasificación de las materias, como ante el requerimiento judicial o parlamentario. Las decisiones de este órgano, en cuya composición podrían participar, además de representantes del Gobierno, instituciones de relevancia como el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, la Agencia de Protección de Datos, etc., siendo presidido por el presidente del Tribunal Supremo, estarían sujetas al principio de silencio administrativo y serían impugnables ante la jurisdicción contenciosa.

Es decir, en el caso de que el órgano judicial lo solicite, no siempre tiene que ser necesaria la previa desclasificación, debiendo dirigirse mediante exposición motivada al órgano administrativo en cuestión. Ante su negativa, el juez puede dirigirse al órgano parlamentario competente, cuya decisión también negativa impediría a aquél la práctica de la prueba, pero la parte procesal podría utilizar la vía del amparo constitucional contra la decisión parlamentaria denegatoria. En todo caso, y a tenor de lo establecido en el art. 18 LOPJ, debe nacer para la parte el derecho a una indemnización.

Con ello, y como manifestación del principio de colaboración de poderes, se produciría una implicación de todos los poderes públicos, Gobierno, Parlamento, Poder Judicial y Tribunal Constitucional en una materia especialmente polémica y sensible. Y es que el extender, en casos tasados, el ámbito de los sujetos que tienen reconocido el «acceso», o, mejor dicho, poseen el conocimiento de lo secreto, no supone la desnaturalización del mismo, pues éstos se convierten, o, mejor dicho, pasan a tener la condición jurídica de garantes del bien jurídico secreto. De este modo, ya no será el príncipe el que, por sí ante sí, sin control, sin transparencia, sin publicidad y sin freno de ningún tipo, resuelva sobre e acceso a las materias declaradas secretas. Con ello, se impedirían situaciones como aquéllas que, en su momento, declararon como materias clasificadas un proyecto de reforma de la ley sindical o un proyecto del Ministerio de Hacienda de reforma sindical, o ya en plena época constitucional, decisiones como la del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 1996, que consideró como materia clasificada los ficheros automatizados que en materia antiterrorista estableciera la Administración penitenciaria. **G**

GOBIERNO LOCAL Y PACTO LOCAL [de las medidas para el desarrollo del Gobierno local a los pactos locales autonómicos]^(*)

Guillermo Márquez Cruz

Profesor titular de ciencia política y de la administración.
Facultade de Ciencias Políticas e Sociais.
Universidade de Santiago de Compostela

Introducción

La relevancia del escenario local surge precisamente una vez que se ha profundizado en la institucionalización de los *mesogobiernos autonómicos* cuyo punto de inflexión comienza a partir de 1991 y una vez que se firman los *Acuerdos autonómicos* de 28 de febrero de 1992 entre el Gobierno de la nación y el principal partido de la oposición, el Partido Popular, por los que se amplían las competencias de las comunidades autónomas de la vía del artículo 143 de la Constitución española de 1978 (CE). No hay que olvidar que el protagonismo del debate constituyente recayó en la institucionalización de las comunidades autónomas, como también sucedió en la II República donde la «cuestión regional» se impuso frente a la «cuestión local» que había formado parte de la *agenda política* de la Restauración. Esta *agenda* se prolongaría hasta la dictadura de Primo de Rivera que, con los Estatutos municipal de 1924 y provincial de 1925,

(*) El texto inicial fue presentado como ponencia en las *Primeiras xornadas sobre o Pacto local*, dirigidas por el prof. D. José Luis Carro Fernández-Valmayor, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 24 e 25 de mayo de 2000. Posteriormente se ha revisado y ampliado en el marco del proyecto de investigación (PGDIDTOOPXI121301PR) financiado por la Xunta de Galicia.

cristalizó en un *nuevo paradigma local* en sustitución del referente de la Constitución de 1812 que había gravitado sobre los procesos de normalización local del siglo XIX (Márquez, 1995; 1997b).

Efectivamente, la institucionalización de un nuevo *mesogobierno*, dentro de un marco entre «el modelo federal y la simple descentralización», no estaba exenta, como señala Carballeira (1994: 73), de una falta de definición del Estado autonómico que «arrastró en su indeterminación un fenómeno concreto: la imprecisión respecto de la exacta ubicación de la Administración local, ora como orden de relación con la Administración autonómica, o del Estado, ora como orden independiente sometido a una regulación heterónoma»¹. En definitiva, quedaba abierta una *tensión* latente no sólo de forma horizontal entre las entidades locales (municipios y provincias), sino con respecto a la Administración general del Estado y con el «nuevo» *nivel de gobernación* (Dror, 1994) de menor ámbito territorial como son las comunidades autónomas.

En este sentido, se pueden señalar algunos factores que, de alguna manera han incidido –con desigual alcance–, en retomar la «cuestión local» bajo el referente que ha venido a cristalizar en el denominado *Pacto local*. Cronológicamente podemos citar los factores siguientes:

■ En primer lugar, la necesidad de precisar el alcance de la «autonomía local» reconocida (art. 137 CE) y garantizada constitucionalmente (art. 140 CE), sobre todo con relación a la definida para las comunidades autónomas. Una precisión construida –a la postre– por la jurisprudencia constitucional en virtud de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, bien sobre la legislación estatal, bien sobre la legislación autonómica, de manera ininterrumpida desde 1981.

La posición doctrinal del Tribunal Constitucional respecto a la autonomía local –en cuanto «garantía institucional»– quedará fijada básicamente en las sentencias siguientes: en la STC 4/1981, de 2 de febrero²; STC 32/1981, de 28 julio, sobre la Ley 6/1980, de 17 de diciembre, sobre transferencia urgente y plena de las diputaciones catalanas a la Generalidad de Cataluña; y, en la STC 27/1987, de 27 de febrero, sobre la Ley 2/1983, de 4 de octubre, de la Generalidad valenciana, por la que se delegan determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales para la Comunidad Autónoma valenciana; y, en la STC 214/1989, de 21

¹ Sobre el debate constituyente del articulado correspondiente a la Administración local, véase a Martín-Retortillo (1982) y Carballeira (1994: 37-75).

² La STC 4/1981 es sobre un recurso de inconstitucionalidad promovido por 56 senadores contra diversos artículos de la *normalización local* del franquismo (1955), y su reforma en el *tardefranquismo* (1975), y de la Ley de bases de la Sanidad Nacional (1944) y la Ley de montes (1957).

de diciembre, en relación con determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. De las cuatro sentencias citadas dos son trascendentes de cara a las diputaciones provinciales cuya delimitación competencial, e incluso, su existencia ha tenido desde el primer momento estas manifestaciones de conflicto en algunas comunidades autónomas pluriprovinciales, pero que tampoco cabe duda que también se proyectan sobre la autonomía municipal³.

Por tanto, la autonomía local, según la doctrina jurisprudencial, se puede sintetizar de la manera siguiente: supone que el Gobierno y la Administración local deben ser autónomos para la gestión de sus respectivos intereses (STC 4/1981); es un atributo conferido a favor de una entidad –el municipio o la provincia–, interpretada como la expresión institucional de una colectividad local (STC 32/1981), aunque no está configurada constitucionalmente como un derecho fundamental (STC 27/1987); impone, a su vez, a las comunidades autónomas unos límites en su fiscalización sobre la actuación de los poderes municipales (STC 11/1999)⁴, puesto que las entidades locales no están en una «posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica respecto de la Administración estatal o autonómica» (STC 4/1981).

■ En segundo lugar, la ratificación de la Carta europea de la autonomía local (CEAL) propiciada por el Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, introduce unas previsiones que, en gran medida, estaban recogidas ya en el instrumento básico de *normalización local*: la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL). Aunque los antecedentes de la CEAL se remontan a la *Carta de Versalles* asumida por la Conferencia Permanente de Poderes Locales y Regionales de Europa en 1957 (Ortega, 1993) su redacción final coincide con el período de elaboración de la citada norma básica estatal. Por lo tanto, como tratado vinculante significa que los principios políticos básicos establecidos acerca de los poderes locales tienen que incorporarse al ordenamiento español, máxime cuando la doctrina de la «garantía institucional» de la autonomía local –anteriormente citada–, se concibe en términos abstractos de difícil concreción (Rodríguez Álvarez, 1999b: 226).

³ Sobre la autonomía local entre la diferente bibliografía citamos, entre otros, a: Carro Fernández-Valmayor (1998), Fanlo (1990); García Morillo (1998); Parejo (1981); Sánchez Morón (1990), y, por último, CEMCI (1992), Cuadernos de Documentación e Información, núm. 59, «Autonomía municipal», Granada (selección de artículos).

⁴ STC 11/1999, de 11 de febrero sobre tres artículos de la Ley 3/1987 del Principado de Asturias.

En este sentido, las cuestiones relativas al concepto de autonomía local, al ejercicio de la democracia local, el alcance de la autonomía local (las competencias y su gestión, incluido el principio de «subsidiariedad»)⁵, la adecuación de las estructuras administrativas internas, el control administrativo de las entidades locales, los recursos financieros suficientes, el derecho de asociación de las entidades locales, o la protección legal de la autonomía local, están recogidas constitucionalmente, incorporadas al conjunto de los instrumentos de normalización local, o precisadas por la citada doctrina jurisprudencial. Sin embargo, los citados principios básicos señalados, si bien están incorporados en términos generales, no así la adecuación precisa de algunos de ellos, como la defensa constitucional de la autonomía local (art. 11 CEAL), que «el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos» (art. 4.3), o que las «competencias encomendadas a las entidades locales deben ser normalmente plenas y completas» (art. 4.4)⁶.

La CEAL va a suponer un referente, por lo demás de obligada recepción, para solventar el déficit de la normalización local, pero también desde el punto de vista político un robustecimiento de la autonomía local ante otros entes territoriales, ya sea la Administración general del Estado, ya sean las comunidades autónomas. Sobre todo porque la agenda

⁵ La idea de proximidad de las entidades regionales y locales a los problemas cotidianos de los ciudadanos constituye un principio programático que, además del señalado de la CEAL, se encuentra también en la Resolución de la Asamblea de las Regiones de Europa de 6 de septiembre de 1990; la Resolución de 3 de diciembre de 1992 adoptada por el Consejo de los Municipios y Regiones de Europa; el Comité de las Regiones de la Unión Europea en diversos dictámenes, como el de 20 de abril de 1995 dictado sobre la revisión del Tratado de Maastricht. El principio fue introducido en el artículo 3 B del Tratado CE por el Tratado de la Unión Europea que, según Font (1995: 110), sirve «para reforzar el principio de descentralización que debe dar contenido a la autonomía local». Señala Dror (1994: 327-328) que «la idea de subsidiariedad, originada en la Compañía de Jesús, se convirtió en un importante principio de gobernación de la Iglesia católica, y ha sido adoptada, si bien con muchos cambios por la Unión Europea. Quiere decir que la autoridad, las tareas y las funciones deben localizarse en el nivel más bajo donde puedan desempeñarse correctamente. Dichas funciones deben ser suplementadas por los esfuerzos de los niveles más altos de la gobernación, con el objetivo de facultar a los más bajos para asumir mayores responsabilidades.» También véase a BAUDIN CULLIÈRE, E., *Principe de subsidiarité et Administration locaux*, París, LGDJ, 1995.

⁶ Véase al respecto la *Declaración Universal de Autonomía Local*, aprobada en el XXVII Congreso Mundial de la Unión Internacional de Autoridades Locales (IULA), celebrado en Río de Janeiro en septiembre de 1985, y la aprobada en el XXXI Congreso de la IULA celebrado en Toronto, 13 al 17 de junio de 1993. También el proyecto de *Carta mundial del Gobierno local autónomo* de la ONU, en *Papers de Formació Municipal* (Diputació de Barcelona), núm. 49, septiembre de 1998.

política implementada en el ejercicio de las competencias del régimen local por el legislador sectorial correspondiente, no puede obviar el carácter vinculante de la CEAL a partir de 1988. En este sentido sirva de indicador del alcance de la observancia de su vinculación las resoluciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional desde la fecha de ratificación de la CEAL. En consecuencia, la profundización de los extremos contenidos en la CEAL van a formar parte del espíritu y del contenido de la revitalización de la «cuestión local» bajo el citado referente del *Pacto local*.

■ En tercer lugar, hay que señalar el necesario balance a la que está sometida cualquier institucionalización; es decir, los rendimientos, deficiencias y disfunciones manifiestas, así como la incorporación de nuevos elementos a través de la agenda política. Una reflexión al respecto es la que realiza Parejo (1995) después de diez años de vigencia de la LRBRL, en la que partiendo del contexto en el que se fraguó la ley, destaca algunas de las regulaciones más problemáticas y controvertidas de la misma. En concreto, considera las relativas a la organización y funcionamiento de los entes locales, el sistema de asignación de competencias, el esquema de relaciones interadministrativas, y sobre la actividad económico-financiera de los entes locales. Igualmente, señala Parejo (1995: 17) que no se comprende la razón última jurídica de por qué la Administración local «por el hecho de ser la territorialmente inferior y la de dimensión más pequeña de las del Estado en su conjunto, deba quedar sujeta a un control suplementario (el tutelar) como requisito para asegurar debidamente al ciudadano frente a su actuación.»

Sin embargo, la Asociación Estatal de Entidades Locales, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), ya planteó en su Asamblea general extraordinaria celebrada en A Coruña los días 5 y 6 de noviembre de 1993, la necesidad de «realizar una auténtica 'auditoría' de la LRBRL y de la legislación de las comunidades autónomas para ver si se está garantizando de forma efectiva y en el día a día el principio de autonomía que la Constitución ampara.» Por otro lado, la FEMP reclamaba «una revisión en profundidad de la Ley reguladora de las haciendas locales que no sólo corrija las deficiencias observadas sino que también pueda hacer frente al cumplimiento del principio de suficiencia que consagra el artículo 142 de la Constitución. Hemos asistido a continuas modificaciones de la ley a espaldas de la Administración local, unas veces directamente y otras a través de leyes sectoriales»⁷.

⁷ Asamblea general extraordinaria de la Federación Española de Municipios y Provincias. A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993. Resoluciones, Madrid, FEMP, 1994, pág. 17.

Por tanto, a la vez que se impone la necesidad de la evaluación de las instituciones, en este caso, del sistema político local en su conjunto, las *Resoluciones* de la FEMP contenían un marco preciso por el que debía articularse la revisión de los instrumentos jurídico-políticos básicos de normalización local (1985-1988), extendidos a los desarrollados por las comunidades autónomas según las competencias asumidas, incluida la legislación sectorial correspondiente.

■ En cuarto lugar, hay que destacar la posición institucional de la citada Asociación Estatal de Entidades Locales, la FEMP, sobre la que descansa la revitalización de la «cuestión local», acuñando el referente de la necesidad del *Pacto local de Estado*, circunscrito no sólo al ámbito de las competencias estatales, sino extendido al conjunto de las comunidades autónomas. Una tarea a la que eran llamadas las diferentes federaciones de corporaciones locales constituidas en las comunidades autónomas para concretar los *pactos locales autonómicos* correspondientes.

En las *Resoluciones* de la V Asamblea general de la FEMP celebrada en Zaragoza los días 21 a 23 de noviembre de 1991, se señalaba ya la necesidad de «llegar a un verdadero 'pacto de Estado' que permita a cada una de las administraciones jugar su papel»⁸. De nuevo, en la citada Asamblea general extraordinaria de 1993, la FEMP declara la existencia de un «verdadero déficit de dignidad por parte de los poderes locales que ven día a día cómo se les considera meros espectadores sin posibilidad de participar directamente en la toma de decisiones.»⁹ Para la FEMP es necesario un *pacto local de estado* entre las corporaciones locales, las comunidades autónomas y el Gobierno central «que comprometa a todos los grupos políticos con representación en la vida local.» El papel que reivindica la FEMP para el poder local parte de un acuerdo «en base a que la Administración local pueda intervenir de manera efectiva en el cierre del modelo de Estado de las autonomías diseñado por la Constitución y del cual forma parte por derecho propio» El proceso descentralizador debería llevar a una modificación de la participación de las entidades locales en el gasto total de las administraciones públicas, resumida en la reivindicación de la FEMP del 50-25-25: un 50% el Estado, y un 25% respectivamente, las comunidades autónomas y las entidades locales. Sin embargo, la evolución del gasto público en España entre 1979 y 1998 (cuadro 1) pone de manifiesto el proceso de descentralización del gasto de la Admi-

⁸ V Asamblea general de la Federación Española de Municipios y Provincias. Zaragoza, 21 a 23 de noviembre de 1991. *Estatutos y resoluciones*, Madrid, FEMP, 1992, pág. 30.

⁹ Asamblea general extraordinaria de la Federación Española de Municipios y Provincias. A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993. *Resoluciones*, Madrid, FEMP, 1994, pág. 17.

nistración general del Estado a las comunidades autónomas, en una progresión hacia el 50-25, pero se mantiene un imperturbable registro inferior al 15% del gasto público por parte de las entidades locales.

CUADRO I. LA DESCENTRALIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO EN ESPAÑA (1979-1998)

Años	Administración general del Estado		Comunidades autónomas		Entidades locales		Total gasto público	Total P.I.B.
	% de gasto público	% sobre el P.I.B.	% de gasto público	% sobre el P.I.B.	% de gasto público	% sobre el P.I.B.	%	%
1979	88,0	25,7	0,08	0,03	11,9	3,5	100,0	29,2
1984	78,1	32,4	11,5	4,8	10,4	4,3	100,0	41,4
1985	76,6	33,2	12,6	5,5	10,8	4,7	100,0	43,3
1986	75,2	31,7	13,6	5,7	11,2	4,7	100,0	42,1
1987	73,7	30,5	14,8	6,1	11,6	4,8	100,0	41,4
1988	69,7	28,9	17,8	7,4	12,4	5,2	100,0	41,5
1989	68,5	30,4	18,6	8,2	13,0	5,8	100,0	44,4
1990	67,5	30,0	19,2	8,5	13,3	5,9	100,0	44,3
1991	66,6	29,2	20,4	8,9	13,0	5,7	100,0	43,9
1992	65,8	29,7	21,1	9,5	13,0	5,9	100,0	45,1
1993	66,7	31,1	21,0	9,8	12,3	5,8	100,0	46,7
1994	67,3	33,9	21,1	10,6	11,5	5,8	100,0	50,4
1995	67,1	33,1	21,5	10,6	11,5	5,7	100,0	49,4
1996	65,5	30,9	22,6	10,7	11,9	5,6	100,0	47,2
1997	63,8	29,2	23,9	10,9	12,3	5,6	100,0	45,7
1998	62,7	28,7	24,3	11,1	12,9	5,9	100,0	45,8

Fuente: elaboración propia, a partir de datos del Ministerio de Economía y Hacienda¹⁰.

Los términos en los que la FEMP fija en 1993 su propuesta inicial de *Pacto local* incorpora el citado espíritu y contenido de la CEAL, realizando las reivindicaciones siguientes: que la Administración local es la «administración común» del Estado de las autonomías; es un único sistema de gestión de los intereses locales cuya estructura ha de ser respetada; que la asignación legislativa de competencias debe hacerse respetando el ámbito propio de responsabilidad en la gestión, de manera que se pueda hablar de una «Política local propia»; la atribución de competencias ha de hacerse al conjunto integrado de municipios y provincias e islas; la asignación de competencias «habrá de hacerse a título de propias o de delegadas»; que «el sistema local de gobierno no ha de entenderse exclusivamente

¹⁰ Agradezco a Santiago Lago Peñas sus comentarios acerca de la evolución del gasto público en España. Las series entre 1987-1998 corresponden a la hipótesis tercera de la obra: *La descentralización del Gasto público en España, 1987-1998*, Madrid, Dirección General de Coordinación de las Haciendas Locales/Ministerio de Economía y Hacienda, 2000.

como ejecutivo, pues en él existe una doble función: deliberante y representativa por una parte y, de responsabilidad ejecutiva por otra»; igualmente, «desde la perspectiva de la descentralización administrativa en la instancia local, es necesario replantearse las exigencias de reserva constitucional de ley.» Por último, junto a estas reivindicaciones básicas se establecía una concreción precisa de las competencias autonómicas susceptibles de residenciarse en las corporaciones locales¹¹.

Sin embargo, la articulación del Estado autonómico deja claro que la potestad a la hora de determinar las competencias a los entes locales reside, fundamentalmente, en las comunidades autónomas. Las competencias susceptibles de atribución a las entidades locales, por su propio interés son, sobre todo competencias de tipo ejecutivo que están atribuidas a las comunidades autónomas constitucionalmente, los estatutos de autonomía y la ampliación derivadas de acuerdos a través de los procedimientos constitucionales de ampliación de competencias¹². Por otro lado, también hay que señalar los problemas de articulación de la organización territorial de cada comunidad autónoma, bien derivadas de circunstancias o peculiaridades específicas, bien por agenda política. En el primer caso podemos citar la relación con las comunidades autónomas respectivas de ámbito provincial o insular: el caso de los territorios históricos del País Vasco; los cabildos insulares de Canarias; y, el de los consejos insulares de Baleares. En cuanto al segundo caso, estarían otras comunidades autónomas pluriprovinciales respecto a las diputaciones provinciales, en la que la agenda política ha dado respuestas de varios tipos, desde el intento de supresión (Cataluña), hasta por la vía de la coordinación abordar la reordenación competencial, según casos, y la potenciación de otro tipo de entes como las comarcas.

¹¹ *Asamblea general extraordinaria de la Federación Española de Municipios y Provincias. A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993. Resoluciones*, Madrid, FEMP, 1994.

¹² Por ejemplo, para Lliset Borrell (1985) –citado por Abad (1998)– «la concreción exacta de las competencias de las administraciones locales es el resultado de un proceso tripartito, representado, en primer lugar, por el establecimiento de una serie de materias determinadas sobre las que los entes locales han de ejercer todas las competencias o una buena parte de ellas, con el carácter de servicios mínimos, (según el artículo 26 de la Ley de 2 de abril de 1985); una segunda operación consistente en abordar la lista no exhaustiva de materias sobre las que el legislador de régimen local considere que existe implicado un interés local, (con base en los artículos 25.2 y 3 de la Ley 7/1985); y, por último, acudir a la legislación sectorial dictada por el Estado o las comunidades autónomas que delimitarán el cuadro de las funciones que sobre cada materia podrán ejercitar las diferentes entidades locales» (ABAD LICERAS, J. M., «El principio de la autonomía local en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Ciberrevista. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 8, octubre-diciembre, 1998).

En consecuencia, las previsiones de los instrumentos de la *normalización local*, como la de los estatutos de autonomía, de delegar o transferir funciones a las entidades locales, como señalaba Argullol (1991: 3.471), «ha quedado como una simple declaración de intenciones, sin que trascendiera a la realidad institucional.» Porque entre las opciones posibles la preferente ha sido el marco de las relaciones interadministrativas, de acuerdo con los principios de cooperación y coordinación.

De esta manera, el escenario de la negociación del *Pacto local* no deja de ser complejo –por los actores y ámbitos implicados– sobre todo a partir del propio concepto de *Pacto local* que, por ejemplo, Velasco Murias (1999: 210) define como:

«Un compromiso acordado entre las administraciones públicas estatal, autonómica y local y sustentado en un consenso entre instituciones y partidos políticos a fin de determinar el papel de las entidades locales en el Estado autonómico, redefinir su régimen competencial y respetar y fomentar su autonomía a través de la oportuna descentralización de competencias administrativas y de conformidad con el principio de la máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos y bajo la garantía de la suficiencia financiera de los entes locales para el desempeño de las funciones que en definitiva se atribuyan a los mismos.»

Ahora bien, del citado concepto de *Pacto local* se desprende no sólo la consecución de un compromiso puntual –como el abierto a partir de 1996– entre los diferentes actores implicados en torno a una agenda concreta sobre acuerdos competenciales, sino que alude también a un nuevo escenario de relaciones intergubernamentales. Es decir, se conforma como un método de negociación en el que las asociaciones de ámbito estatal o territorial de entidades locales, referencias colectivas del poder local, participan en la toma de decisiones –con el Estado o con las comunidades autónomas– en la distribución de competencias. En este sentido, el *Pacto local* no tendría sólo un carácter histórico concreto, por su dimensión temporal sobre acuerdos de competencias puntuales, sino proyectado en el tiempo como un nuevo instrumento a incorporar en las relaciones intergubernamentales en el marco del proceso de descentralización del Estado. Se trata de una práctica consociativa entre «poderes», con la particularidad de que el poder local muestra una tendencia desde las primeras elecciones locales de 1979 a un predominio de los partidos de ámbito estatal; es decir, de la *nacionalización de la política local*¹³. Una dinámica a tener en cuenta en la formación de la agenda política cir-

¹³ Sobre este proceso de *nacionalización, estatalización, o regionalización* –en su caso–, de la política local véase a Carrillo (1989), Capo (1991), Vanaclocha (1997) y Márquez (1999b).

cunscrita a los contenidos susceptibles de formar parte del referente que supone el *Pacto local*. En definitiva el *Pacto local* es un pacto político sobre la redistribución de competencias, en el marco del bloque constitucional, producto de la relación entre el alcance reivindicativo de los poderes locales y el impulso político correspondiente.

Por último, mencionar el contexto sobre el que se proyecta el *Pacto local*; es decir, el número, tipos y estructura demográfica de las entidades locales existentes en España. En el cuadro 2 se recoge la distribución de las 12.877 entidades territoriales y de los 2.634 entes dependientes que comprenden la descentralización funcional (organismos autónomos y sociedades mercantiles). La realidad es que existe un mapa municipal complejo y desigual, con dos extremos: los pequeños municipios y las grandes ciudades, entre el *inframunicipalismo* y el crecimiento de las ciudades que reivindican un estatuto específico¹⁴. En el primer período de mandato local (1979-1983) existían 8.039 municipios y, en 1999 se ha incrementado hasta 8.101. Durante estos veinte años se han suprimido 13 municipios, pero se han creado 94, de los que 75 son menores de 5.000 habitantes, 13 entre 5.000 y 20.000, y 6 de más de 20.000 habitantes. Una prueba de la existencia de las tensiones localistas, pero también del alcance de la cesión política al respecto por parte de las comunidades autónomas. Igualmente, queda pendiente la racionalización del mapa municipal que no se puede limitar a la formulación de los criterios para la extinción o de la segregación de municipios (como se puede ver en la variada legislación autonómica al respecto), sino también de la articulación de los nuevos entes territoriales supramunicipales creados por algunas comunidades autónomas, como las comarcas¹⁵, además de las existentes mancomunidades, o de los menos extendidos como las áreas metropolitanas¹⁶. Igualmente, tampoco se puede olvidar en esta

¹⁴ El *inframunicipalismo* es una constatación que está en los orígenes del *Ayuntamiento constitucional*, en el que tienen que ver las variaciones de las *ratio* de población para crear municipios en la legislación local del siglo XIX. Por ejemplo, en 1877 de un total de 9.314 municipios, el 93,5% tenían menos de 5.000 habitantes y, sólo 5 (0,05%), más de 100.000 habitantes. En 1994 de los 8.092 municipios existentes, el 86,2% son menores de 5.000 habitantes y comprenden el 16,1% de la población; y, 55 (0,7%), son de más de 100.000 habitantes y comprenden el 42,2% del total de la población. No obstante, la *tendencia segregacionista* sigue latente, como lo demuestra que, entre 1981 y 1993 se han creado 82 nuevos municipios y extinguido 15. Una prueba de la existencia de las tensiones localistas que fuerzan las posibles restricciones de las comunidades autónomas.

¹⁵ Sobre la comarca véase a FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., *El régimen jurídico de la Comarca en el sistema autonómico español*, Barcelona, Cedecs, 1999.

¹⁶ En la Comunidad valenciana se creó el Área Metropolitana de L'Horta por la Ley 12/1986, de 31 de diciembre, más adelante fue modificada por la Ley 4/1995, de

CUADRO 2. LAS CORPORACIONES LOCALES EN ESPAÑA

Entes territoriales en 1998	Entes dependientes de los territoriales	Presupuestos en 1998		
		Entes territoriales	M. de ptas.	%
38 DIPUTACIONES PROVINCIALES	136 Organismos autónomos administrativos	DIPUTACIONES PROVINCIALES	660.917	11,1
3 DIPUTACIONES FORALES	11 Organismos autónomos comerciales	DIPUTACIONES FORALES	1.121.216	3,1
7 CABILDOS INSULARES	71 Sociedades mercantiles	CABILDO Y CONSEJOS INSULARES	183.038	18,8
3 CABILDOS INSULARES				
8.098 AYUNTAMIENTOS	1563 Organismos autónomos administrativos	AYUNTAMIENTOS	4.232.196	70,9
	38 Organismos autónomos comerciales			
	731 Sociedades mercantiles			
3.704 ENTIDADES LOCALES MENORES	2 Organismos autónomos			
902 MANCOMUNIDADES	17 Organismos autónomos administrativos			
	1 Organismo autónomo comercial			
	16 Sociedades mercantiles			
49 COMARCAS	31 Organismos autónomos administrativos	COMARCAS	36.772	0,6
	8 Sociedades mercantiles			
3 ÁREAS METROPOLITANAS	1 Organismo autónomo administrativo	ÁREAS METROPOLITANAS	29.116	0,5
	7 Sociedades mercantiles			
68 AGRUPACIONES DE MUNICIPIOS	1 Sociedad mercantil			
TOTAL: 12.877 ENTIDADES LOCALES	Total: 2.634 entes dependientes	TOTAL (*)	5.970.806	100,0

(*) Transferencias internas 292.449 millones de ptas.

Fuente: elaboración propia. Datos a partir de LÓPEZ LÓPEZ, M.T. y UTRILLA DE LA HOZ, A., *Lecciones sobre el sector público español*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 191-212.

racionalización del mapa municipal, incluida su relación con los entes supramunicipales citados, la posición de las diputaciones provinciales –dentro del actual marco constitucional– en la organización territorial de las comunidades autónomas pluriprovinciales.

Nuestra aproximación al análisis de los gobiernos locales con relación al *Pacto local* está centrada, desde la ciencia política y de la administración, en los aspectos siguientes:

de marzo, pero finalmente fue suprimida por la Ley 8/1999, de 3 de diciembre. En la Comunidad Autónoma de Cataluña se suprimió la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona (creada por el Decreto-ley 5/1974, de 24 de agosto) por la Ley 7/1987, de 4 de abril, y se crearon en su lugar dos entidades metropolitanas: la de Servicios Hidráulicos; y, la de Tratamiento de Residuos.

La incorporación a la agenda política de la revitalización de la «cuestión local» en dos escenarios: el del Estado y en el de las comunidades autónomas. En la agenda del Estado el proceso que va desde la formulación del *Pacto local* por la FEMP hasta la negociación y concreción en las *Medidas para el desarrollo local* por el Gobierno de la nación.

El desarrollo y estado actual de la negociación de los *pactos locales autonómicos* con las asociaciones territoriales de entidades locales en el conjunto de las comunidades autónomas.

Las modificaciones legislativas introducidas por las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, redefinen el modelo institucionalizado en la LRBRL de distribución de competencias entre el alcalde (presidente) y el Pleno, a la vez que acentúan el *presidencialismo* del alcalde y la *parlamentarización* del Gobierno local.

El perfeccionamiento de los instrumentos de control al alcalde: la moción de censura, que mantiene su carácter eminentemente político, relacionada con la estabilidad/inestabilidad; y, la cuestión de confianza, vinculada al presupuesto, que concreta el programa de gobierno, y a otros supuestos relacionados con la gestión político-administrativa.

Por último, realizamos una referencia a los comportamientos de transfuguismo en general y, en particular, su vinculación con la inestabilidad política local: el *Acuerdo sobre el Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales*.

1. De la normalización local a las *medidas para el desarrollo del gobierno local (1985-1999)*: el *Pacto local* en la «agenda política» del Estado

La *normalización local*, de acuerdo con las previsiones constitucionales, se incluyó en la *agenda* establecida por el primer Gobierno del PSOE, en diciembre de 1982, y se llevó a cabo durante la II (1982-1986) y III legislaturas (1986-1989). Los instrumentos jurídico-políticos normalizadores que se promulgan son los siguientes:

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), en la que se mantienen y reconocen algunas peculiaridades para los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (disposición adicional 2.^a), Navarra (disposición adicional 3.^a), y los regímenes especiales de Madrid y de Barcelona (disposición adicional 6.^a).

La Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), de acuerdo con el artículo 81 de la CE y una vez despejada por el Tribunal Constitucional (STC 38/1983, de 16 de mayo) la inter-

pretación de que el régimen electoral local no debía tener rango de ley ordinaria sino que forma parte del «régimen electoral general.» El título III está dedicado a la regulación de las elecciones locales (municipios, diputaciones provinciales de régimen común y cabildos insulares de Canarias).

■ La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (LHL), que establece un nuevo sistema financiero y presupuestario, según los artículos 133 y 142 de la Constitución y la LRBRL.

Esta tríada normalizadora se complementa con el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y el desarrollo reglamentario correspondiente promulgados entre el final de la II legislatura y el comienzo de la III. Con posterioridad, dentro del proceso abierto de normalización, el Estado ha ratificado convenios internacionales en materia de gobierno local: la citada Carta europea de la autonomía local en enero de 1988; y, el Convenio-marco europeo sobre cooperación transfronteriza entre ciudades o entidades territoriales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 1980, ratificado por Instrumento de 10 de julio de 1990.

Igualmente, se pueden señalar otros instrumentos jurídico-políticos promulgados en el marco de las competencias básicas del Estado referente al personal al servicio de la Administración local, por ejemplo, sobre los funcionarios de habilitación nacional, y sobre policías locales¹⁷. Igualmente, destacar la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero)¹⁸, en la que se equipara el *status* de las administraciones locales con las demás administraciones públicas (Font, 1995: 103); y, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas¹⁹.

Completado el proceso de normalización local correspondiente a las competencias básicas del Estado en materias de régimen local, regulación electoral y financiación local, además de los citados instrumentos jurídico-políticos básicos al conjunto de administraciones públicas,

¹⁷ En la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, se encuentra la regulación de las policías locales.

¹⁸ Otros instrumentos a señalar son: la Ley orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales; y, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

¹⁹ La Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 ha sido modificada por las Leyes 9/1996; 11/1996; 13/1996; 50/1998 y 53/1999.

también hay que señalar la legislación de las comunidades autónomas que, en virtud de sus estatutos de autonomía (1979-1983) o de las reformas posteriores de los mismos, hayan asumido competencias de régimen local, incluida la particularidad de Navarra²⁰. En un primer bloque estarían las CC.AA. que han asumido competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local en general²¹; y, en un segundo bloque, aquéllas que han asumido competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local sólo en determinadas materias y en aquéllas cuya transferencia autorice la legislación básica sobre régimen local²².

En consecuencia, cualquier redefinición del régimen competencial de los gobiernos locales tiene que partir del carácter bifronte del régimen local señalado por la jurisprudencia constitucional (STC 84/1982, de 23 de diciembre, y 214/1989, de 21 de diciembre). De esta manera tanto la legislación básica del Estado es la que debe determinar las competencias que ella atribuye, o que deban corresponder a las entidades locales en la materia que regulen (art. 2.2 de la LRBRL); e, igualmente, serán los legisladores sectoriales –del Estado y de las CC.AA.– los que determinen las competencias que en su caso han de ejercer los gobiernos locales en las materias comprendidas en el artículo 25 de la LRBRL.

Sin embargo, en el marco constitucional existente son las comunidades autónomas las que tienen el papel principal para determinar las competencias de las entidades locales, puesto que las competencias susceptibles de atribución que pueden afectar a sus intereses son, sobre todo, competencias de tipo ejecutivo que se encuentran atribuidas a las CC.AA. por la Constitución y los estatutos de autonomía. Esta circunstancia determina que gran parte de las demandas contenidas en el Pacto local de la FEMP tenga como escenario las CC.AA. Igualmente, en lo que respecta a las competencias del Estado, el ministro de Administraciones Públicas, Sr. Rajoy Brey, en contestación a una interpelación del Grupo

²⁰ En el artículo 46.1 de la Ley orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, se señalan las competencias sobre Administración local, que remiten a la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841 y en aquéllas cuya transferencia autorice la legislación básica sobre régimen local a las CC.AA. o a las provincias.

²¹ En este primer grupo de competencias en general se encuentran las CC.AA. siguientes: Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad valenciana, Galicia y País Vasco.

²² En el segundo bloque se encuentran las CC.AA. siguientes: Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Madrid, Murcia, y La Rioja. Aragón se encontraba en este segundo bloque hasta la reforma del Estatuto en la que asumió la competencia exclusiva como las del primer bloque (art. 35.1.2ª de la Ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre).

Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, el 19 de junio de 1996, señalaba que no era partidario de proceder a la modificación de la LRBRL, por las razones siguientes:

«En el presente instante la práctica totalidad de las competencias que ejercen las administraciones públicas están atribuidas a una administración, y en este momento en la Ley reguladora de las bases del régimen local no podemos atribuir a las corporaciones locales competencias que están atribuidas a las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos de autonomía por razones jurídicas y por las razones políticas que a Vd. [el diputado Sr. Navas del G.P. IU-IC], a buen seguro no se le escapan. Por eso soy más partidario, porque creo que es la única forma de llevarlo a buen término, de que eso se haga mediante un acuerdo que sirva para delegar y transferir competencias a las corporaciones locales»²³.

Por tanto, la negociación del *Pacto local* parte del esquema general del reparto constitucional de competencias y un desarrollo en múltiples escenarios: el Estado, y cada una de las comunidades autónomas. En ambos casos la «agenda política» está constreñida al sistema competencial establecido, pero con diferencias en cuanto a los actores implicados.

En la «agenda política» del Estado consideramos tres actores en la negociación y el acuerdo político del Pacto local: la FEMP en cuanto es la asociación de entidades locales de ámbito estatal que plantea la reivindicación y su concreción documental; el Gobierno de la nación en cuanto interlocutor y receptor de las demandas para su traducción en los instrumentos jurídico-políticos correspondientes; y, los partidos políticos representados en las Cortes Generales mediante interpelaciones, mociones y, finalmente, en la tramitación parlamentaria de los contenidos del Pacto local susceptibles de aprobación legislativa.

La cronología de la negociación del Pacto local la dividimos en dos etapas: la primera, que transcurre durante los gobiernos del PSOE (IV legislatura, 1989-1993, y V legislatura, 1993-1996), es donde se formula por la FMP la necesidad de un «pacto de estado» (1991) y su concreción en «Pacto Local» (1993), y los primeros intentos de negociación; y, la segunda, coincide con el primer Gobierno del Partido Popular (VI legislatura, 1996-2000), en la que se consigue un acuerdo pero que, dada la naturaleza del mismo como después señalamos, de la propuesta de la FEMP en las *Bases para el Gobierno local* (1996) a su redefinición por el Gobierno en las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local* (1998).

El desarrollo del proceso de negociación de acuerdo con las dos etapas señaladas está sintetizado en el cuadro 3, diferenciando la agenda

²³ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 14, 19 de junio de 1996, pág. 555.

política del Estado y las iniciativas de la FEMP, además de la cronología de la tramitación parlamentaria de las modificaciones legislativas contenidas en las *Medidas* hasta su publicación. Sin embargo, el proceso sigue abierto a partir de la VII legislatura (2000-2004) puesto que, en la agenda política contenida en el Discurso de investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno, José María Aznar, están formulados nuevos compromisos no abordados en la citada negociación pero demandados también por la FEMP.

Por tanto, vamos a reseñar solamente de la cronología de este proceso el alcance de los compromisos expresados por el Gobierno de la nación en los distintos momentos en los que se ha formulado la *agenda política del Estado* entre 1989 y 2000: discursos de investidura, debates del estado de la nación en el Congreso de los Diputados, y debates del estado de las autonomías en el Senado.

1.1 Gobiernos del PSOE: La formulación de la necesidad de un pacto local de estado y los primeros intentos de negociación (IV legislatura, 1989-1993 y V legislatura, 1993-1996)

a) La iniciativa del Gobierno en materia de régimen local en la IV legislatura (1989-1993) se centra en la cooperación y coordinación de la gestión de las competencias asumidas por las diferentes administraciones públicas. Así lo pone de manifiesto Felipe González en la *agenda* que contiene su discurso de investidura, el 4 de diciembre de 1989:

«En la actual situación de España la gestión de cualquier gobierno está determinada por la necesidad de coordinar sus políticas con las comunidades autónomas y con los ayuntamientos o cabildos. El cuadro de reparto de competencias en materias tan importantes como vivienda, sanidad, educación, medio ambiente, consumo, etcétera, exige estrechar la cooperación para aumentar la eficacia a la hora de ejercer las que cada administración pública ostenta de manera compartida o de manera exclusiva. Esto es aún más cierto cuando se trata de asuntos que afectan a las competencias de las comunidades autónomas y, a su vez, son atribuidos a la Comunidad Europea»²⁴.

b) La profundización de la normalización en el marco de las competencias del Estado está formulada en la *agenda* que contiene el Discurso de investidura de Felipe González, el 8 de julio de 1993, para un nuevo mandato correspondiente a la V legislatura (1993-1996):

²⁴ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Comisión Permanente, IV Legislatura, núm. 2, 4 de diciembre de 1989, pág. 24.*

«La descentralización del Estado no puede olvidar el papel que juegan las corporaciones locales y el que les ha corresponder en esta nueva articulación del país, que se basa esencialmente en el acercamiento de los poderes públicos a los ciudadanos. Por ello (...), me propongo impulsar un debate político que permitan definir en esta legislatura nuevas funciones para las entidades locales. Para ello, el Gobierno preparará un Libro blanco y hará uso de su iniciativa legislativa para la modificación del régimen local básico de las grandes ciudades»²⁵.

c) En noviembre de 1993 en la Asamblea general extraordinaria de la FEMP se proclama la citada necesidad de un *pacto local de estado*, a la vez que se demandan medidas específicas para la particularidad de las grandes ciudades. En la misma asamblea el ministro para las Administraciones Públicas, Jerónimo Saavedra, anuncia la elaboración de una Ley básica de grandes ciudades, de acuerdo con la *agenda del Gobierno*²⁶. Igualmente, a partir de esta fecha se producen una serie de iniciativas –del Gobierno y parlamentarias– encaminadas a lograr objetivo demandado por la FEMP.

d) En marzo de 1994, el Ministerio para las Administraciones Públicas remitió a la FEMP y a los partidos políticos el *Documento marco sobre el pacto local*, un texto que constituye un análisis técnico sobre los contenidos de un futuro *pacto local*, y en el que se concretan una serie de competencias de posible asunción por parte de las entidades locales²⁷.

f) Entre las mociones que se aprueban como resultado del *Debate del estado de la nación* en el Congreso de los Diputados (abril de 1994), está la que insta al Gobierno a llevar a término la negociación del *pacto local* entre la Administración general del Estado, la FEMP y las fuerzas políticas.

g) En el Debate sobre el estado de las autonomías, en el Senado (septiembre de 1994), el presidente del Gobierno recoge las propuestas planteadas por los presidentes de las comunidades autónomas acerca de vincular el debate autonómico con la situación del Gobierno local en España. La moción aprobada por 224 votos a favor, 15 en contra y 6 abstenciones: «insta al Gobierno a promover la consecución de un pacto local por el que se establezca un programa de delegación de competencias a las entidades locales, de reforma de la Ley de haciendas locales, así como el establecimiento de mecanismos que potencien en dichas cor-

²⁵ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Comisión Permanente, V Legislatura, núm. 2, 8 de julio de 1993, pág. 28.*

²⁶ *Asamblea general extraordinaria de la Federación Española de Municipios y Provincias. A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993. Resoluciones, Madrid, FEMP, 1994, pág. 13.*

²⁷ *Bando, núm. 25, marzo-abril, 1994, págs. 20-21.*

poraciones la capacidad de decisión sobre la gestión de sus propios intereses»²⁸.

h) Por último, en el Debate del estado de la nación en el Congreso de los Diputados (febrero de 1995), el presidente del Gobierno, Felipe González, incorpora el compromiso de llevar a cabo el Pacto local. El compromiso se formaliza en un documento común entre el ministro del MAP y la Comisión Ejecutiva de la FEMP que se traslada a los partidos políticos. Sin embargo, no todos los partidos políticos respondieron antes de las elecciones generales de 1996, lo que imposibilitó su aceptación.

Las elecciones locales de mayo de 1995 el PP obtiene en total la mayoría relativa: el 35,2% de los votos, el 37,6% de los concejales; y, el 42,2% de los alcaldes (Márquez, 1999b), que lleva consigo un cambio en la dirección de la FEMP. El alcalde de A Coruña, Francisco Vázquez (PSOE), elegido presidente de la FEMP en 1991, será relevado en 1995 por la alcaldesa de Valencia, Rita Barberá (PP).

1.2 Gobierno del Partido Popular: la consecución del acuerdo, de las Bases para el Pacto local de la FEMP a las Medidas para el desarrollo del Gobierno local del Gobierno (VI legislatura, 1996-2000)

a) Formulación de la agenda, la negociación y el acuerdo.

En el Discurso de investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno, José María Aznar, el 3 de mayo de 1996, la referencia a las entidades locales se enmarca dentro del denominado «modelo de administración única o común» recogido en el programa electoral del PP²⁹, establece en la agenda de Gobierno el siguiente compromiso:

«En cuarto lugar, el pacto local. Robustecer las funciones y perfilar mejor la posición de los entes locales es otra exigencia de este modelo de administración única. A tal fin, el Gobierno (...), convocará a los grupos parlamentarios y a la Federación Española de Municipios y Provincias para proponer un pacto local, inspirado en los principios de subsidiariedad, autonomía para la propia gestión, suficiencia financiera y cooperación y coordinación con las administraciones de ámbito territorial superior»³⁰.

²⁸ Bando, núm. 28, septiembre-octubre, 1994, pág. 13.

²⁹ En el Discurso de investidura el Sr. Aznar dice que con este modelo de Administración única o común pretende, «que los servicios que el ciudadano demanda de los poderes públicos sean prestados por la administración más idónea por su mayor proximidad» (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 2, 3 de mayo de 1996, pág. 33).

³⁰ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 2, 3 de mayo de 1996, pág. 33.

En el turno de intervenciones de los portavoces de los grupos parlamentarios en el Discurso de investidura, por ejemplo, del PSOE y de IU-IC, expresan su apoyo al Pacto local. En concreto, el portavoz del G.P. Socialista, Felipe González, manifiesta que «sería desequilibrado que hubiese un desarrollo del título VIII sin darle un nuevo impulso» al citado pacto³¹. También, el portavoz del grupo IU-IC, Julio Anguita, considera su necesidad pero recuerda que en «última instancia» el debate se tiene que realizar en sede parlamentaria, y que fue su grupo quién promovió en la anterior legislatura el «método» sobre el desarrollo del pacto local. No obstante, dentro de su propuesta de «federalización del Estado» plantea «la desaparición de las diputaciones e iniciar con comunidades y ayuntamientos el proceso de comarcalización»³².

El proceso de negociación entre el Gobierno y la FEMP se inicia de manera inmediata al mes siguiente de la toma de posesión del nuevo Gobierno. En el cuadro 3 recogemos el desarrollo pormenorizado del proceso por lo que sólo nos detenemos en los pasos que conducen al acuerdo alcanzado y su tramitación parlamentaria:

1. La FEMP concreta su propuesta de negociación en el documento: «Bases para el Pacto local» (24 de septiembre de 1996), cuyo contenido no sólo afectaría al ámbito competencial del Estado, sino también de las comunidades autónomas.

2. El Ministerio de Administraciones Públicas realiza su propuesta en el documento: *Bases para la negociación del Acuerdo para el desarrollo del Gobierno local*, que fue respaldado por el Consejo de Ministros el 30 de junio de 1997, y consensuado con la FEMP el 29 de julio de 1997. A partir de este momento del título del acuerdo desaparece la referencia expresa al Pacto local, como señala Rodríguez Álvarez (1999b: 231), porque el Gobierno es «consciente de que su labor en este ámbito sólo podía ser parcial, dada la distribución de competencias sobre las que se proyectaban las demandas de la FEMP.»

3. El documento definitivo, *Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, que previamente fue consensuado en la Comisión Nacional de Administración Local (22 de abril de 1998), es aprobado por el Consejo de Ministros del 17 de julio de 1998, que contiene los acuerdos siguientes:

i) Medidas legislativas. Se remiten a las Cortes seis proyectos de ley de modificación de cinco leyes orgánicas: del Tribunal Constitucional;

³¹ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 2, 3 de mayo de 1996, pág. 39.

³² Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 2, 3 de mayo de 1996, págs. 52; 54; 62.

del régimen electoral general; reguladora del derecho de reunión; reguladora del derecho a la educación; y, sobre protección de la seguridad ciudadana), y en una ley ordinaria por la que se modifican, a su vez, tres leyes (la reguladora de las bases del régimen local; tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; y la de aguas³³. Las modificaciones legislativas señaladas pretenden:

▮ El fortalecimiento de la democracia local: perfeccionamiento del instrumento de control político al alcalde, la «moción de censura»; y, la introducción de una nueva institución de control relacionada con la gestión político-administrativa, la «cuestión de confianza».

▮ El fortalecimiento del Gobierno local: atribución al alcalde o presidente de funciones de carácter ejecutivo que estaban atribuidas al Pleno; de las funciones de control político del Pleno y el establecimiento de las *comisiones informativas* de control; y, que la actuación de los miembros de las corporaciones locales sea a través de la constitución de los *grupos políticos municipales*.

▮ De defensa de la autonomía local: introduciendo un procedimiento específico denominado «conflicto en defensa de la autonomía local» ante el Tribunal Constitucional, contra disposiciones del Estado y de las comunidades autónomas con rango de ley que atenten contra la autonomía local constitucionalmente garantizada³⁴.

³³ Las iniciativas legislativas que contienen las *Medidas* una vez terminada la tramitación parlamentaria y publicadas como leyes (BOE, de 22 de abril de 1999) son las siguientes:

▮ Ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

▮ Ley orgánica 8/1999, de 21 de abril, de modificación de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

▮ Ley orgánica 9/1999, de 21 de abril, de modificación de la L.O. 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

▮ Ley orgánica 10/1999, de 21 de abril, de modificación de la L.O. 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.

▮ Ley orgánica 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

▮ Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y otras medidas para el desarrollo del Gobierno local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas.

³⁴ Una reivindicación que fue puesta de manifiesto en la *Asamblea general extraordinaria de la FEMP, A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993*; e, igualmente, como es recogida en el artículo 11 de la *Carta europea de la autonomía local*. Sirva como ejemplo del uso por parte de las entidades locales de este derecho, en el marco de la L.O. 7/1999, es la admisión a trámite por el Tribunal Constitucional del primer conflicto en defensa de la autonomía local (3.179/2000), planteado por dieciséis municipios

Medidas de carácter más técnico que político, como las administrativas que citamos a continuación, además, de algunas de las iniciativas legislativas reseñadas.

ii) Acuerdo sobre *Medidas administrativas para el desarrollo del Gobierno local en materias de competencia del Estado*, que no necesitan de una regulación con rango de ley, en materias relacionadas con los siguientes Departamentos: Interior, Sanidad y Consumo, Trabajo y Asuntos Sociales, Medio Ambiente, Justicia, Turismo y Fomento³⁵.

iii) Acuerdo sobre un *código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales* que suscriben el 7 de julio de 1998 el ministro de Administraciones Públicas y los representantes de trece formaciones políticas³⁶.

4. En la agenda política del Gobierno también se contemplan otras demandas formuladas por la FEMP pero que no forman parte del documento de *Medidas* que contienen los acuerdos producto de la negociación que se concretan en una serie de modificaciones legislativas entre 1997 y 1999:

Competencias y actuaciones municipales en materia de tráfico y seguridad vial: Ley 5/1997, de 24 de marzo, que reforma el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Presencia municipal en los consejos de administración como órganos de gobierno de las autoridades portuarias: Ley 62/1997, de 26 de diciembre, que modifica la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Modificación de los criterios para la participación en la recaudación de los tributos del Estado en el quinquenio 1999-2003, y reforma de la Ley de haciendas locales: Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Modificaciones en el procedimiento administrativo, reintroduciendo el recurso de reposición –con carácter potestativo–; supresión de la prohibición de la delegación de la potestad sancionadora del órgano

de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en relación con el artículo 17 de la Ley 12/1999, de 23 de diciembre, del Parlamento de las Illes Balears, de medidas tributarias, administrativas y de función pública y económicas (B.O.E. 12 de octubre de 2000).

³⁵ *El Pacto Local. Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, Madrid, MAP/ FEMP/ INAP, 1999, págs. 188-191.

³⁶ Los partidos que firman el *Acuerdo* son: PP, PSOE, IU, CDC, UDC, PNV, CC, IC, BNG, ERC, EA, UV, y PAR.

titular de la misma en otro distinto; y, la atribución al Pleno de las corporaciones locales la declaración de lesividad de los actos anulables de las entidades locales que integran la Administración local: Ley 4/1999, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

CUADRO 3. CRONOLOGÍA DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL PACTO LOCAL: LA FORMULACIÓN DE LA NECESIDAD DE UN PACTO LOCAL DE ESTADO Y LOS PRIMEROS INTENTOS DE NEGOCIACIÓN

(IV legislatura. 1989-1993 y V legislatura. 1993-1996; Gobierno del PSOE)

Cronología	«Agenda política» del Estado	Cronología	Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) ^(*)
8-VI-1993	¶ En el Debate de investidura el candidato a la Presidencia, Felipe González, se propone «impulsar un debate político que permitan definir en esta legislatura nuevas funciones para las entidades locales.»	21-23-XI 1991	¶ En la V Asamblea general de la FEMP celebrada en Zaragoza se plantea la necesidad de un «pacto de estado.»
		5-6-XI 1993	¶ La Asamblea general extraordinaria celebrada en A Coruña sienta las bases programáticas de la necesidad de un «pacto local de estado.»
III-1994	¶ El MAP remite a la FEMP y a los partidos políticos el «Documento marco sobre el Pacto Local»		
20-IV-1994	¶ En el Debate del estado de la nación en el Congreso de los Diputados entre las mociones que se aprueban, esta insta al Gobierno a llevar a término la negociación del Pacto local.		
26-V-1994	¶ Reunión entre el ministro del MAP y la FEMP sobre el Pacto local.		
26-29-IX 1994	¶ En el Debate del estado de las autonomías en el Senado se aprueba una moción que insta al Gobierno a promover la consecución de un pacto local.		
8-9-II-1995	¶ En el Debate del estado de la nación en el Congreso de los Diputados, el presidente del Gobierno, Felipe González, incorpora el compromiso de llevar a cabo el Pacto local. ¶ El compromiso se formaliza en un documento común entre el ministro del MAP y la Comisión Ejecutiva de la FEMP que se traslada a los partidos políticos. Sin embargo, no todos los partidos políticos respondieron antes de las elecciones generales de 1996, lo que imposibilitó su aceptación.		
		XI-1995	¶ En la VI Asamblea general de la FEMP celebrada en Madrid se retoma la propuesta de Pacto local.
		18-XII-1995	¶ Se crea en la FEMP una comisión para el Pacto local.

(*) La Asociación de ámbito estatal de Entidades Locales: la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), se constituyó el 13-14 de junio de 1981, aunque su antecedente está en la Federación Española de Municipios (FEM) constituida el 23 de junio de 1980. Con fecha de 28 de marzo de 2000 la FEMP agrupaba a 6.791 municipios (83,3% del total), que supone el 93,1% de la población, aunque no están integradas las capitales de Bilbao y Tarragona, así como la Diputación de Girona y las tres forales del País Vasco.

Fuente: elaboración propia. Datos a partir de Márquez (1995, 1997b) y de MAP-FEMP-INAP (1999).

CUADRO 3 (CONTINUACIÓN). CRONOLOGÍA DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL PACTO LOCAL: LA CONSECUCCIÓN DEL ACUERDO (DE LAS «BASES PARA EL PACTO LOCAL» DE LA FEMP A LAS «MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL» DEL GOBIERNO)

(VI legislatura, 1996-2000: Gobierno del PP)

Cronología «Agenda política» del Estado	Cronología Reuniones MAP-FEMP	Cronología Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) ¹
<p>3-V-1996 ■ En el Debate de investidura el candidato a la Presidencia, José María Aznar, señala que la consecución del Pacto local es uno de sus cinco objetivos de legislatura.</p>		
<p>19-V-1996 ■ El ministro del MAP en respuesta a una interpelación (presentada por el G.P. IU-IC en el Congreso de los Diputados sobre el Pacto Local, anuncia que va a mantener una reunión con la FEMP, pero también señala que no es partidario de momento de la Ley de haciendas locales.</p>		
	<p>21-V-1996 ■ El ministro del MAP y la presidenta de la FEMP cierran el compromiso de iniciar el proceso de negociaciones para lograr el Pacto local.</p> <p>29-X-1996 ■ El ministro del MAP asiste a una reunión de la Comisión Ejecutiva de la FEMP en la que reitera el compromiso del Gobierno de lograr el Pacto local.</p>	
<p>19-XI-1996 ■ El ministro del MAP anuncia en el Senado la creación de un grupo de trabajo MAP-FEMP para estudiar el desarrollo del Pacto local.</p>		
		<p>24-IX-1996 ■ La Comisión Ejecutiva de la FEMP aprueba el documento: «Bases para el Pacto local».</p>
	<p>21-XI-1996 ■ Se constituye el Grupo de trabajo MAP-FEMP.</p>	
<p>20-II-1997 ■ El MAP entrega a la FEMP un documento en el que se analizan las demandas de la FEMP.</p>		
<p>14-IV-1997 ■ Reunión entre los componentes del Grupo de trabajo del MAP y representantes de otros ministerios con competencias en las materias del Pacto local.</p>		
<p>30-V-1997 ■ El ministro del MAP presenta ante el Consejo de Ministros las «Bases para la negociación del Acuerdo para el desarrollo del Gobierno local» (Remisión a la FEMP y a los partidos con representación parlamentaria el citado documento).</p>		
	<p>16-VI-1997 ■ Reunión MAP-FEMP.</p> <p>24-VI-1997 ■ Reunión MAP-FEMP.</p> <p>29-VII-1997 ■ Reunión MAP-FEMP en la que se llega a un documento de consenso.</p>	

Fuente: elaboración propia. Datos a partir de Márquez (1995, 1997b) y de MAP-FEMP-INAP (1999).

CUADRO 3 (CONTINUACIÓN). CRONOLOGÍA DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL PACTO LOCAL: LA CONSECUCCIÓN DEL ACUERDO (DE LAS «BASES PARA EL PACTO LOCAL» DE LA FEMP A LAS «MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL» DEL GOBIERNO)

(VI legislatura, 1996-2000: Gobierno del PP)

Cronología	«Agenda política» del Estado	Cronología	Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP)
IX-1997	▮ A partir de septiembre de 1997 el MAP mantiene contactos con representantes de los partidos políticos sobre el contenido del documento consensuado.		
II-1998	▮ A partir de febrero de 1998 se aceleran las negociaciones con los partidos políticos.		
14-16-IV-1996	▮ El ministro del MAP mantiene encuentros con los partidos políticos sobre el documento consensuado con la FEMP.		
16-IV-1998	▮ El ministro del MAP comparece en la Comisión de Autonomías del Senado para explicar la situación del Pacto local.		
22-IV-1998	▮ La Comisión Nacional de Administración Local aprueba el documento consensuado entre el Gobierno y la FEMP: «Acuerdo para el desarrollo del Gobierno local».	22-IV-1998	▮ La Comisión Ejecutiva de la FEMP aprueba el documento consensuado.
28-IV a 4-V 1998	▮ Nuevas reuniones MAP y representantes de los partidos políticos: CC, PAR, PNV, PSOE.		
6-V-1998	▮ En la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios se llevan a primera lectura las distintas reformas legislativas que contiene el documento de las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local».		
8-11-V-1998	▮ El MAP remite los anteproyectos definitivos de reformas legislativas a los distintos partidos políticos, FEMP, y a los consejeros de presidencia de las CC.AA.		
7-VII-1998	▮ Se firma por 13 partidos políticos y el MAP el acuerdo sobre un «código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales».		
15-VII-1998	▮ La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios aprueba la remisión al Consejo de Ministros de las medidas legislativas.		
17-VII-1998	▮ El Consejo de Ministros aprueba las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local», que las remite a las Cortes; y, también las Medidas administrativas para el desarrollo del Gobierno local en materias de competencia del Estado.		

Tramitación parlamentaria de los seis proyectos de ley que contienen las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local».

Cronología	Congreso de los Diputados	Cronología	Senado
31-VIII-1998	▮ Publicación en el <i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i> , Congreso de los Diputados, el texto de los proyectos de ley.	30-XII-1998	▮ El Congreso de los Diputados remite al Senado los seis proyectos de ley aprobados el 17 de diciembre de 1998.
9-XII-1998	▮ La Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas aprueba el dictamen de los proyectos de ley.	8-III-1998	▮ La Comisión General de las Comunidades Autónomas acuerdan aceptar como dictamen los textos de los proyectos de ley aprobados por el Congreso de los Diputados.
17-XII-1998	▮ El Pleno del Congreso de los Diputados aprueba los proyectos de ley.	25-III-1998	▮ El Pleno del Senado aprueba los proyectos de ley.

Publicación en el Boletín Oficial del Estado núm. 96, de 22 de abril de 1999, los seis proyectos de ley aprobados por las Cortes Generales

Fuente: elaboración propia. Datos a partir de MAP-FEMP-INAP (1999) y *Boletín Oficial de las Cortes Generales*.

b) La tramitación parlamentaria de las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local»: el consenso de los partidos políticos.

La voluntad de llegar a un acuerdo político para la consecución del Pacto local es manifestada de manera reiterada mediante mociones o interpelaciones en sede parlamentaria por los distintos grupos parlamentarios desde la V legislatura. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria de los seis proyectos de ley, tanto en el Congreso de los Diputados (31 de agosto a 17 de diciembre de 1998), como en el Senado (30 de diciembre de 1998 a 25 de marzo de 1999), se pondrán de manifiesto las diferentes posiciones políticas sobre el alcance del acuerdo finalmente alcanzado –del Pacto local a las «Medidas»– en cada uno de los proyectos por parte de los grupos parlamentarios en las enmiendas, votos particulares, e intervenciones correspondientes en comisión y en el Pleno.

En líneas generales, las discrepancias mantenidas en el Congreso de los Diputados –que no prosperaron–, se mantuvieron en el Senado, aunque en esta Cámara al final la votación de los proyectos de ley será sobre el dictamen de los textos aprobados por el Congreso de los Diputados. En los cuadros 4 y 5 se recogen los resultados de las votaciones a la totalidad en el Congreso y en el Senado, referidos al total de miembros de las respectivas Cámaras, independientemente del número de parlamentarios presentes. Igualmente se calcula un *índice ponderado de consenso*, sobre todo dada la minoría del Grupo Parlamentario que sostiene al Gobierno, que expresa que cuando más supere la unidad el resultado de la votación, mayor es la capacidad de sumar votos de la oposición en torno al partido mayoritario. En caso contrario, si el resultado es igual a uno indicaría que el partido gobernante sólo recibiría los apoyos de su propio grupo, o si fuera inferior a la unidad expresaría las discrepancias (fugas de votos) en el interior del mismo (Capo, 1994).

Los resultados de las votaciones a la totalidad de los proyectos de ley presentan, en conjunto, dos cuestiones: en primer lugar, la diferencia de parlamentarios presentes en el Pleno respectivo, un 91,4% de promedio en el Congreso, y un 68,9% en el Senado; y, en segundo lugar, el índice ponderado de consenso es superior en el Congreso que en el Senado, sobre todo por las diferencias que mantienen al menos tres partidos de la oposición (PSOE, IU y BNG). El PNV y CiU, a pesar de las diferencias puntuales que objetan en determinados proyectos, apoyan el texto del Gobierno al igual que Coalición Canaria.

En el cuadro 6 recogemos la orientación del voto a la totalidad de los partidos citados en el Congreso de los Diputados, además de la del PSOE en el Senado. Este partido mantiene el voto a favor en el Congreso a cinco de los seis proyectos (excepto el de modificación de la LODE), mientras que en el Senado sólo a tres. En ambas Cámaras el PSOE mantiene el voto en contra al Proyecto de la LODE, pero se abstiene en los de la LOREG y

de la LRBRL en el Senado. Un comportamiento derivado de que no son aceptadas las enmiendas defendidas al respecto. En este sentido también hay que señalar que los representantes del PSOE también se abstuvieron en Comisión Nacional de Administración Local (22 de abril de 1998) cuando el Gobierno y la FEMP consensuaron el documento que dio lugar a las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, porque «consideró insuficientes las medidas propuestas para atender las exigencias de los gobiernos locales españoles» (Rodríguez Álvarez, 1999b: 231).

En cuanto al Grupo Parlamentario de IU su posición en el Congreso de los Diputados también es discrepante en tres proyectos (modificación de la LOREG, Protección Ciudadana, y LRBRL), presentó una enmienda a la totalidad de devolución sólo al Proyecto de ley orgánica de modificación de la L.O. de protección ciudadana. Por último, el BNG presentó a cada uno de los proyectos de ley una enmienda a la totalidad de devolución, aunque también enmiendas parciales a los distintos proyectos, y sólo votó a favor las modificaciones de la LOREG y del derecho de reunión³⁷.

CUADRO 4. VOTACIONES A LA TOTALIDAD DE LOS PROYECTOS DE LEY QUE FORMAN PARTE DE LAS «MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL» EN EL PLENO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (17 de diciembre de 1998)

Proyectos de ley aprobados en el marco de las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local»	Diputados presentes	Votos a favor		Votos en contra		Abstenciones		Índice ponderado de consenso
		n.º	%	n.º	%	n.º	%	
■ Proyecto de ley de modificación de la L.O. del Tribunal Constitucional	319	317	90,6	2	0,6	-	-	2,23
■ Proyecto de ley de modificación de la LOREG	320	307	87,7	1	0,3	12	3,4	2,15
■ Proyecto de ley de modificación de la L.O. del derecho de reunión	321	321	91,7	-	-	-	-	2,24
■ Proyecto de ley de modificación de la LODE	320	186	53,1	132	37,7	2	0,6	1,30
■ Proyecto de ley de modificación de la L.O. sobre protección de la seguridad ciudadana	321	305	87,1	12	3,4	4	1,1	2,13
■ Proyecto de ley de modificación de la LRBRL	320	305	87,1	3	0,9	12	3,4	2,14

*) El total de escaños del Congreso de los Diputados son 350. (**) El Grupo Parlamentario Popular dispone del 44,6 % del total de escaños de la Cámara. (***) El índice ponderado de consenso expresa que cuando más supere la unidad el resultado de la votación mayor es la capacidad de sumar votos de la oposición en torno al partido mayoritario. Si, por el contrario, el resultado es igual a uno, el partido gobernante sólo recibiría sus propios votos (Capo 1994: 96-97).

Fuente: elaboración propia.

³⁷ Las enmiendas a la totalidad de devolución presentadas por el BNG a cada uno de los seis proyectos de ley presentados estaban encabezados por la misma justificación, además de señalar aspectos concretos en cada caso: «Los textos presentados por el Gobierno de reforma de diversas leyes que afectan a la organización, competencias y funcionamiento de los entes locales, integrantes del denominado «Pacto local», van en el sentido, todos ellos, de aumentar las facultades de los órganos unipersonales (alcaldes y presidentes de las diputaciones) en detrimento de las de los órganos locales colegiados y representativos. Ello supone, justamente, un modelo de gobierno

CUADRO 5. VOTACIONES A LA TOTALIDAD DE LOS PROYECTOS DE LEY QUE FORMAN PARTE DE LAS «MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL» EN EL PLENO DEL SENADO
(25 de marzo de 1998)

Proyectos de ley aprobados en el marco de las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local»	Senadores presentes	Votos a favor		Votos en contra		Abstenciones		Índice ponderado de consenso
		n.º	%	n.º	%	n.º	%	
▮ Proyecto de ley de modificación de la L.O. del Tribunal Constitucional	177	175	67,8	1	0,4	1	0,4	1,89
▮ Proyecto de ley de modificación de la LOREG	181	108	41,9	2	0,8	71	27,5	1,09
▮ Proyecto de ley de modificación de la L.O. del derecho de reunión	168	167	64,7	1	0,4	-	-	1,90
▮ Proyecto de ley de modificación de la LODE (1)	165	164	63,6	1	0,4	-	-	1,90
▮ Proyecto de ley de modificación de la LODE (2)	165	99	38,4	64	24,8	2	0,8	1,15
▮ Proyecto de ley de modificación de la L.O. sobre protección de la seguridad ciudadana	173	171	66,3	2	0,8	-	-	1,89
▮ Proyecto de ley de modificación de la LRBRL	170	103	39,9	1	0,4	66	25,6	1,16

(*) El total de escaños del Senado en la fecha de aprobación de las citadas leyes asciende a 250. (**) El Grupo Parlamentario Popular dispone del 52,3 % del total de escaños de la Cámara. (1) Votación del artículo primero del Proyecto de ley de la LODE. (2) Votación al resto del dictamen del Proyecto de ley de la LODE. (***) El índice ponderado de consenso expresa que cuanto más supere la unidad el resultado de la votación mayor es la capacidad de sumar votos de la oposición en torno al partido mayoritario. Si, por el contrario, el resultado es igual a uno, el partido gobernante sólo recibiría sus propios votos (Cayo 1994: 96-97).

Fuente: elaboración propia.

CUADRO 6. VOTACIONES DEL PSOE, IU Y BNG A LA TOTALIDAD DE LOS PROYECTOS DE LEY QUE FORMAN PARTE DE LAS «MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL» EN EL PLENO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (17 DE DICIEMBRE DE 1998) Y EN EL PLENO DEL SENADO
(25 de marzo de 1999)

Proyectos de ley aprobados en el marco de las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local»	PSOE		IU	BNG
	Congreso de los Diputados	Senado	Congreso de los Diputados	Congreso de los Diputados
▮ Proyecto de ley de modificación de la L.O. del Tribunal Constitucional	Voto a favor	Voto a favor	Voto a favor	Voto en contra
▮ Proyecto de ley de modificación de la LOREG	Voto a favor	Voto a favor	Voto a favor	Voto a favor
▮ Proyecto de ley de modificación de la L.O. del derecho de reunión	Voto a favor	Voto a favor	Voto a favor	Voto a favor
▮ Proyecto de ley de modificación de la LODE	Voto en contra	Voto en contra	Voto a favor	Abstención
▮ Proyecto de ley de modificación de la L.O. sobre protección de la seguridad ciudadana	Voto a favor	Voto a favor	Voto en contra	Abstención
▮ Proyecto de ley de modificación de la LRBRL	Voto a favor	Abstención	Abstención	Voto en contra

(*) Los tres partidos citados ostentan en el Congreso de los Diputados el 46,8 % de los escaños.

Fuente: elaboración propia.

local situado en las antípodas de aquél que el BNG defiende; es decir, de un gobierno local representativo, transparente y participativo. De un modelo de democracia local digno de tal nombre» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VI legislatura, serie A: 14 de octubre de 1998, núm. 133-6 proyectos de ley, pág. 13, corresponde la cita a la enmienda a la totalidad presentada al Proyecto de modificación de la L.O. del Tribunal Constitucional).

c) El balance del acuerdo de las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local* y de otras actuaciones realizadas en materia local.

Con la publicación de los seis proyectos de ley aprobados (BOE, de 22 de abril de 1999) se cierra una etapa de negociaciones y acuerdos que si bien se iniciaron con un referente de *Pacto local de Estado* al final, pese a la constricción de las competencias del Estado, el balance de las «*Medidas*» con relación a las demandas de la FEMP es el siguiente.³⁸

▮ De las 92 medidas que solicitaba la FEMP como contenido del *Pacto local*: 60 correspondían al ámbito competencial de las comunidades autónomas; y, 32 al del Estado.

▮ De las 32 medidas que correspondían al Estado ya se habían llevado a la práctica cinco de ellas (como antes señalábamos), otras 24 se incluyen en las *Medidas* aprobadas, y solamente se han excluido tres peticiones³⁹.

En resumen, los objetivos fijados en la agenda política del Gobierno en la VI legislatura de alcanzar el *Pacto local* culminan antes de las elecciones locales de 1999, circunscritas al ámbito competencial del Estado, según el balance señalado, y reconducido al conjunto de medidas legislativas y administrativas citadas. Sin embargo, las demandas de las entidades locales respecto a la suficiencia financiera quedaron fuera de la negociación, aunque comprometida en la agenda contenida en el Discurso de investidura de la legislatura. Una posición que ya fue fijada por el ministro de Administraciones Públicas, Sr. Rajoy Brey, en la contestación a una interpelación del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, el 19 de junio de 1996, sobre cuando el Gobierno iba a comenzar la negociación del Pacto Local dijo:

«Yo, en representación del Gobierno, no soy partidario de modificar, al menos de momento, la actual Ley de haciendas locales. Creo que no conseguiríamos nada positivo. Es decir, la Ley de haciendas locales establece

³⁸ El Sr. López-Medel Bascones, en nombre del Grupo Parlamentario Popular, realizaba el balance que citamos en el debate a la totalidad de los proyectos de ley en el Congreso de los Diputados (*Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 205, 17 de diciembre de 1998, pág. 11.122). También se encuentra este balance en: *El Pacto local. Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, Madrid, MAP / FEMP / INAP, 1999, págs. 22-23.

³⁹ Las tres medidas excluidas que se señalan son: dotar de carácter de autoridad a los agentes de la ORA por no ser jurídicamente posible al no tener la condición de funcionarios; exigir el previo pago del impuesto de vehículos de tracción mecánica para circular; y, la supresión de la obligación de los ayuntamientos en el mantenimiento de centros escolares (*El Pacto Local, Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, Madrid, MAP / FEMP / INAP, 1999, pág. 22).

de una forma bastante razonable –hay cosas que sin duda se pueden mejorar– cómo se financian las corporaciones locales, y en este momento hay un acuerdo, al que ha llegado el anterior Gobierno, para cinco años, con la Federación Española de Municipios y Provincias sobre la participación de las corporaciones locales en los ingresos del Estado. Creo que es un acuerdo razonable, como casi todas las regulaciones y los acuerdos, susceptible de ser mejorado, pero yo no soy partidario en este momento de establecer una modificación. Sí que soy partidario de establecer un procedimiento de delegación de competencias que en algún caso puede llevar aparejada la transferencia de la financiación correspondiente por parte de la Administración que la haga»⁴⁰.

No obstante, a pesar de esta posición al comienzo de la legislatura de no entrar en el fondo de la financiación local, las iniciativas que lleva a cabo el Gobierno se sitúan en la misma línea que el anterior⁴¹, según expresa el ministro en su intervención, como es una modificación de la participación de las corporaciones locales en los ingresos del Estado para el quinquenio 1999-2003 mediante la citada Ley 50/1998.

d) Otras modificaciones de la LRBRL al margen de las «*Medidas para el desarrollo del Gobierno local*».

La VI legislatura no termina sin que se produzcan otras modificaciones de la LRBRL, al margen de las *Medidas*. En primer lugar, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, introduce en la disposición adicional novena unas «Normas específicas de régimen local», que afecta al artículo 88.3 (cuantía de la contratación directa) de la LRBRL. En segundo lugar, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, la «ley de acompañamiento» a la de los presupuestos generales del Estado, que modifica los artículos 21 (atribuciones del alcalde), 33 (atribuciones del Pleno de la diputación), 34 (atribuciones del presidente de la diputación), y 101 (vacantes de funcionarios) de la LRBRL⁴².

⁴⁰ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 14, 19 de junio de 1996, pág. 555.

⁴¹ El Gobierno socialista también llegó a un acuerdo con la FEMP modificación de la participación de las corporaciones locales en los ingresos del Estado para el quinquenio 1994-1998, contenida en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁴² La primera «Ley de acompañamiento» de los presupuestos generales del Estado es del año 1993. Desde entonces el contenido de estas leyes, tanto por el Gobierno del PSOE como del PP, no ha parado de crecer. Por ejemplo, en 1993 el número de artículos era de 69, en 1997 subió a 227 y, en 1998, descendió a 185. En un informe

1.3 Gobierno del Partido Popular: la formación de una «nueva agenda política» o las demandas aplazadas en materia local (VII legislatura, 2000-2004)

Las elecciones de 12 de marzo de 2000 dan una nueva mayoría al Partido Popular, en este caso absoluta. En la *agenda política* que contiene el Discurso de investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno, José María Aznar, el 25 de abril de 2000, se encuentran formuladas diferentes referencias a las entidades locales una vez que se cumplieron objetivos fijados en la anterior legislatura como fue el inicial Pacto local reconducido a las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local*. La agenda contiene nuevas iniciativas y compromisos a demandas aplazadas, que las ordenamos de la manera siguiente:

En primer lugar, un acuerdo para modificar –de nuevo– la LOREG y en especial en lo relativo a las elecciones locales:

«Queremos llegar a acuerdos satisfactorios en torno a tres cuestiones, para las que un amplio consenso en el Legislativo resulta imprescindible: la regulación electoral, en particular las normas de ámbito local, buscando fórmulas que permitan mejorar la gobernabilidad, la estabilidad política y la participación de los ciudadanos»⁴³.

En segundo lugar, sí aparece expresamente el compromiso de la reforma de la financiación local, máxime cuando uno de los temas relevantes de campaña del programa electoral del Partido Popular estuvo vinculado a la propuesta de suprimir el impuesto de actividades económicas (IAE):

«La financiación de las haciendas locales también espera su reforma, que deseo que cuente con un acuerdo tan amplio como el que suscitó en la pasada legislatura. Son innegables los problemas causados por un sistema de financiación local que aún conserva elementos ciertamente arcaicos. La eliminación del impuesto de actividades económicas para el 90 por ciento de las pequeñas empresas y autónomos debe formar parte de un proceso de revisión global de la financiación municipal. Los ayuntamientos deben contar con recursos suficientes, sin por ello distorsionar el dinamismo económico. En este mismo sentido, debemos evitar que la financiación municipal incremente el coste del suelo. La dificultad que hoy tienen los es-

de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda se reconoce que la Ley de acompañamiento plantea «serios problemas de constitucionalidad», porque la «inclusión injustificada de algunas materias» puede afectar al «principio de seguridad jurídica, constituir una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo (...) y entrañar un fraude de ley constitucional» (*El País*, 8 de julio de 1999, pág. 20).

⁴³ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 2, 25 de abril de 2000, pág. 23.*

pañoles para acceder a una vivienda por causa de su precio no es irremediable. Los motivos por los que el suelo y la vivienda son caros pueden ser abordados con el concurso de todas las administraciones. Una reforma de las haciendas locales como la que quiero plantear tiene que incluir, en consecuencia, medidas apropiadas para que la oferta de suelo aumente y para que la legislación urbanística facilite este proceso. Se iniciarán conversaciones con la Federación Española de Municipios y Provincias para establecer un esquema alternativo y moderno de financiación. Un informe realizado por una comisión de expertos servirá de base para lograr un nuevo texto de la Ley de haciendas locales que se presentará al Parlamento durante la presente legislatura»⁴⁴.

En tercer lugar, la *agenda* del nuevo Gobierno incorpora el impulso a que en las comunidades autónomas se puedan alcanzar los *pactos locales autonómicos*, aunque corresponda a las mismas fijar sus respectivas agendas:

«Durante los últimos 20 años también la vida local se ha revitalizado. Su papel en la prestación de servicios será cada vez más importante para atender nuevas necesidades y mejorar nuestros espacios de convivencia. Conforme a nuestro compromiso electoral, nos proponemos fortalecer el papel de los municipios. Es necesario, pues, avanzar hacia un proceso descentralizador, que ha de establecerse desde las comunidades autónomas hacia los entes locales. Ello nos obliga a potenciar la autonomía local y dotar a los municipios de mayores capacidades de gestión. Con tal finalidad, el Gobierno impulsará los pactos locales autonómicos que consoliden el proceso de descentralización. Buscaremos, con tal objeto, los más amplios acuerdos con los partidos con representación parlamentaria»⁴⁵.

Esta voluntad política de extender el *Pacto local* a las comunidades autónomas la había expresado el Sr. López-Medel Bascones, en nombre del Grupo Parlamentario Popular, en el debate a la totalidad de los seis proyectos de ley de las «*Medidas*» en el Congreso de los Diputados (17 de diciembre de 1998), al señalar que: «somos partidarios de potenciar desde las comunidades autónomas la descentralización de competencias, y lo vamos a hacer en las comunidades que gobernamos; nos gustaría que lo hicieran los demás, pero corresponde a otro ámbito muy diferente al Gobierno central y desde luego, el Gobierno de la nación tiene que ser respetuoso con las comunidades autónomas»⁴⁶.

⁴⁴ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 2, 25 de abril de 2000, pág. 26.

⁴⁵ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 2, 25 de abril de 2000, pág. 25.

⁴⁶ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 205, 17 de diciembre de 1998, pág. 11.122.

Al comienzo de la VII legislatura, el Gobierno, en diferentes comparecencias parlamentarias, ha manifestado que «para llevar a cabo los pactos autonómicos locales es necesario alcanzar un gran acuerdo entre todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria y con representación en las corporaciones locales y, aunque el protagonismo en esta actuación, obviamente, a las comunidades autónomas –y a las corporaciones locales pero, fundamentalmente, a las comunidades autónomas–, el Ministerio de Administraciones Públicas está obligado a impulsar ese pacto nacional para hacer posible la descentralización de competencias que hoy corresponden al ámbito autonómico.»⁴⁷

2. Los pactos locales autonómicos ¿hacia una descentralización de las comunidades autónomas?

La citada Asamblea general extraordinaria de la FEMP celebrada en A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993, impulsó de manera decisiva el horizonte del *Pacto local* con unas propuestas de negociación que serían reelaboradas más adelante (*Bases para el Pacto Local*, 1996). Sin embargo, la FEMP ya señalaba en 1993 que las materias que iba a negociar con el Gobierno de la nación objeto de su competencia podrían «servir de marco de referencia para las que las diferentes federaciones de corporaciones locales deban afrontar con sus respectivas comunidades autónomas»⁴⁸. El balance del proceso de negociación de las reivindicaciones de

⁴⁷ Intervención del ministro de Administraciones Públicas, Sr. Posada Moreno, en la Comisión de Interior y Régimen de las Administraciones Públicas (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, VII Legislatura, núm. 23, 29 de mayo de 2000, pág. 5). Una posición similar mantuvo el citado ministro de Administraciones Públicas en la contestación a una pregunta de una senadora del G.P. Popular en el Senado (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*, Sesión del Pleno, VII Legislatura, núm. 9, 14 de junio de 2000, pág. 246-247).

Igualmente, en una entrevista al secretario de estado de Organización Territorial del Ministerio de Administraciones Públicas, Gabriel Elorriaga, manifestó que «el Gobierno no puede indicar a las comunidades autónomas cómo deben diseñar su modelo de descentralización. Lo que estamos tratando de hacer, con una responsabilidad que sí nos corresponde, es que ese proceso de descentralización, que tiene una base de acuerdo bastante amplia entre los partidos, se realice sobre unas pautas básicas comunes. Y para ello estamos llamando a los partidos políticos en el marco nacional con el fin de alcanzar un acuerdo que fije el marco en el que luego se desarrollen los pactos de cada comunidad autónoma; pero, en última instancia, es responsabilidad de los gobiernos y los parlamentos autonómicos dar contenido a cada Pacto local» (*Carta local*, revista de la FEMP, núm. 120, noviembre, 2000, pág. 7).

⁴⁸ *Asamblea general extraordinaria de la Federación Española de Municipios y Provincias. A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993. Resoluciones*, Madrid, FEMP, 1994., pág. 17.

la FEMP contenidas en las citadas *Bases para el Pacto Local* (1996), deja sentado, como antes señalábamos, que del conjunto de las noventa demandas cuantificadas, sesenta correspondían al ámbito competencial de las comunidades autónomas. El acuerdo consensuado con el Gobierno de la nación en las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local* (1998) no deja de ser la contribución del Estado a la consecución del *Pacto Local* pero no es o no agota el *Pacto local*. En este sentido, considerábamos anteriormente que las competencias susceptibles de atribución a las entidades locales son, sobre todo, competencias de tipo ejecutivo que están atribuidas constitucionalmente a las comunidades autónomas, recogidas en los respectivos estatutos de autonomía y en las normas de ampliación de competencias según los procedimientos constitucionales establecidos, derivadas de los acuerdos alcanzados al efecto.

Este punto de partida supone que la negociación en las CC.AA. de los *pactos locales autonómicos* presenta una diferencia objetiva –en función de las competencias asumidas–, y unas singularidades de acuerdo con la articulación de la organización territorial de cada comunidad autónoma y la dinámica política consiguiente:

■ En primer lugar, la voluntad política contenida en la agenda o programa de gobierno; y, por otro, las características del sistema de partidos existente en cada asamblea legislativa por el alcance que puedan tener los acuerdos políticos en relación con sus programas respectivos.

El compromiso de alcanzar el Pacto local no aparece incluido –de manera generalizada– en la agenda política contenida en los discursos de investidura de los candidatos a la Presidencia de los gobiernos autonómicos. Sin embargo, desde las elecciones autonómicas que se suceden desde 1995 sí aparecen en las citadas agendas, e incluso, en los debates sobre el estado de la comunidad autónoma.

■ En segundo lugar, la existencia de asociaciones de entidades locales, las federaciones de municipios y provincias –en su caso–, constituidas en cada comunidad autónoma⁴⁹. Unas asociaciones cuya composición política de sus órganos ejecutivos va a depender de los resultados de las elecciones locales en la comunidad autónoma respectiva, y si en el programa de gestión que fijen durante el período de mandato correspondiente incluyen la reivindicación del *Pacto local autonómico*.

La constitución de estas asociaciones abarca un período que transcurre entre 1981 –que coincide con la de la FEMP– y 1995 en que se completa la existencia de estas asociaciones en cada una de las comunidades

⁴⁹ En el artículo 10 de la Carta europea de la autonomía local se señala el derecho de asociación de las entidades locales.

autónomas (cuadro 7). Por ejemplo, en el debate de investidura a la Presidencia del Principado de Asturias, en julio de 1995, se puso de manifiesto que para abordar el Pacto local en la Comunidad era necesario que se constituyera previamente una asociación de entidades locales que no existía para establecer el procedimiento de negociación⁵⁰.

En tercer lugar, el alcance del desarrollo legislativo de las competencias asumidas en materia de régimen local según los respectivos estatutos –incluidas sus modificaciones–, en el marco de la legislación básica del Estado. Igualmente, si está institucionalizado algún órgano –comisiones o consejos– en las comunidades autónomas con funciones deliberantes y consultivas en el que puedan participar las entidades locales sobre aquellas políticas que les afecten, de manera similar al órgano de colaboración entre la Administración general del Estado y la Administración local, la Comisión Nacional de Administración Local (artículo 117 de la LRBRL)⁵¹. Esta participación suele canalizarse a través de la representación de las asociaciones o federaciones de entidades locales existentes con mayor implantación en la respectiva comunidad autónoma. La institucionalización de estos órganos está contenida en algunas comunidades autónomas en la legislación de régimen local o, en su caso, mediante

⁵⁰ En el debate del discurso de investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno del Principado de Asturias, tanto el candidato, Sr. Marqués (PP), como los portavoces de los grupos Parlamentario Socialista, Sr. Treviñ, y de Izquierda Unida, Sr. Llamazares, pusieron de manifiesto que Asturias era la única Comunidad Autónoma que todavía no había puesto en marcha su federación de municipios (*Diario de Sesiones de la Junta General del Principado de Asturias*, núm. 2. Número de sesión: 2. Pleno, sesión extraordinaria. Legislatura: Cuarta, 6 de julio de 1995).

⁵¹ En el artículo 4 de la Carta europea de la autonomía local se señala que las colectividades locales deben ser consultadas sobre aquellas materias que les afecten. Una de las modificaciones introducidas en el marco de las *Medidas*, la Ley 10/1999, de 21 de abril, de la LRBRL, es precisamente la de ampliar las materias objeto de consulta atribuidas a la Comisión Nacional de Administración Local.

Igualmente, podemos citar la constitución de una comisión permanente no legislativa de las entidades locales en el Senado, en virtud de la modificación del artículo 49.2 del Reglamento del Senado, aprobado por el Pleno el 11 de octubre de 2000 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, VII Legislatura, Serie IIIA: 17 de octubre de 2000, Núm. 5(1) Proyectos de Ley del Senado, pág. 11-12). En el debate de su aprobación se puso de manifiesto que era una reivindicación ya planteada en 1993. Al comienzo de la VII legislatura el senador, el Sr. Barranco (G.P. Socialista) en la sesión del 29 de mayo de 2000 planteó la necesidad de la creación de una *comisión de ayuntamientos* en el Senado. El G.P. Popular en el Senado presenta el 12 de junio de 2000 una propuesta de reforma del Reglamento del Senado (modificación del artículo 49.2), en la que incluye una comisión permanente no legislativa de las entidades locales. La modificación sería aprobada –después de lograr el consenso entre los GG.PP. que finalmente la apoyarían– por 185 votos a favor (PP, PSOE y Entesa Catalana de Progrés), y 19 en contra (CiU, PN, Coalición Canaria y Grupo Mixto).

**CUADRO 7. ASOCIACIONES DE ENTIDADES LOCALES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(1981-1995)**

Asociaciones de entidades locales (*)	Fecha de constitución
Asociación Catalana de Municipios y Comarcas	3-X-1981
Federación de Municipios de Cataluña	XI-1981
Asociación de Municipios Vascos-EUDEL	8-V-1982
Federación Valenciana de Municipios y Provincias	24-VII-1982
Federación Navarra de Municipios y Concejos	X-1982
Federación de Municipios de la Región de Murcia	X-1984
Federación Andaluza de Municipios y Provincias	16-III-1985
Federación Canaria de Municipios	21-III-1985
Federación de Municipios de Madrid	29-VI-1985
Federación Riojana de Municipios	28-III-1988
Federación Aragonesa de Municipios y Provincias	18-19-VI-1988
Federación Gallega de Municipios y Provincias (**)	X-1988 (VI-1996)
Federación de Entidades Locales de las Islas Baleares	17-VI-1989
Federación de Municipios y Provincias de Extremadura	27-IX-1989
Federación de Municipios de Cantabria	9-XII-1992
Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha	IV-1994
Federación Asturiana de Concejos	15-XII-1995
Federación Regional de Municipios y Provincias de Castilla y León	15-XII-1995

(*) La Asociación de ámbito estatal de Entidades Locales: la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), se constituyó el 13-14 de junio de 1981, aunque su antecedente está en la Federación Española de Municipios (FEM) constituida el 23 de junio de 1980. (**) En 1996 se fusionan en una misma asociación la *Federación Galega de Municipios e Provincias* (X-1988), la *Federación de Concellos de Galicia* (X-1988), y la *Federación de Concellos Rurais* (1995).

Fuente: elaboración propia.

una norma específica (cuadro 8)⁵². Unos órganos concebidos también como marco de las relaciones intergubernamentales y que, en algunos casos, se insertan las negociaciones en torno a los contenidos de cada *Pacto local autonómico*.

Aunque no es el momento de abordar el contexto normativo donde se enmarca el escenario de la negociación del Pacto local en cada comu-

⁵² En la citada *Asamblea general extraordinaria de la FEMP*, A Coruña, 5 y 6 de noviembre de 1993, se hacía mención a que en aquellas comunidades autónomas en las que todavía no se había creado una comisión autonómica de régimen local, «se constituirán éstas en base al derecho de las entidades locales a participar en los procesos de planificación y en la toma de decisiones que aborden los demás niveles de la Administración en los temas que les afecten directamente».

CUADRO 8. ÓRGANOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA CONSULTIVA SOBRE RÉGIMEN LOCAL DE CARACTERÍSTICAS SIMILARES A LA COMISIÓN NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL

Comunidades autónomas	Órgano	Normativa
ANDALUCÍA	Consejo Andaluz de Municipios	Ley 3/1988, de 3 de mayo (*)
ARAGÓN	Consejo Local de Aragón	Decreto 31/1995, de 7 de marzo Ley 7/1999, de 9 de abril (art. 167) Decreto 137/1999, de 19 de octubre
ASTURIAS	Comisión Asturiana de Administración Local	Ley 1/2000, de 20 de junio
CASTILLA Y LEÓN	Consejo de Municipios, Comarcas y otras Entidades Locales	Ley 1/1998, de 4 de junio (art. 98)**)
CASTILLA-LA MANCHA	Consejo Regional de Municipios	Ley 3/1991, de 14 de marzo (art. 75)
CATALUÑA	Comisión de Gobierno Local de Cataluña	Ley 8/1987, de 15 de abril (art. 175) Decreto 118/1988, de 5 de mayo
GALICIA	Comisión Gallega de Administración Local	Ley 5/1997, de 22 de julio (art. 188) Decreto 280/1998, de 24 de septiembre
NAVARRA	Comisión Foral de Régimen Local	Ley 6/1990, de 2 de julio (art. 69)
PAÍS VASCO	Consejo Municipal de Euskadi	Decreto 326/1994, de 24 de julio
C. VALENCIANA	Consejo Valenciano de Administración Local	Decreto 99/1986, de 3 de julio

(*) Consejo Andaluz de Provincias (Decreto 242/1988, de 21 de junio).

(**) En la misma Ley 1/1998 se crea el Consejo de Provincias de la Comunidad de Castilla y León (art. 95).

Fuente: elaboración propia.

nidad autónoma, al menos señalar las diferencias estatutarias de partida respecto a las competencias asumidas en materia de régimen local y su desarrollo (cuadro 9):

■ En primer lugar están las CC.AA. que asumieron competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local en general: Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia y País Vasco.

■ En segundo lugar están las CC.AA. que asumieron competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local sólo en determinadas materias y en aquéllas cuya transferencia autorice la legislación básica sobre régimen local. Sin embargo, a partir de los Acuerdos Autonómicos de 1992 (LO 9/1992) se inició el proceso de reforma de los estatutos para la ampliación de competencias, incluidas las referidas al régimen local: Aragón (LO 5/1996) Asturias (LO 1/1999), Baleares (LO 3/1999), Cantabria (LO 11/1998), Castilla y León (LO 4/1999), Castilla-La Mancha (LO 3/1997), Extremadura (LO 12/1999), Madrid (LO 5/1998), Murcia (LO 1/1998), y La Rioja (LO 2/1999).

■ En tercer lugar está el caso particular de la Comunidad Autónoma de Navarra, en la que también se contemplan las facultades y competen-

CUADRO 9. LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS EN MATERIA DE RÉGIMEN LOCAL

Comunidades autónomas	Organización territorial/ Administración local/Régimen local/Entidades locales	Comarcalización	Relaciones interadministrativas
ANDALUCÍA	¶ Ley 3/1983, de 1 de junio, de organización territorial de la Comunidad Autónoma	¶ Ley 8/1986, de 5 de diciembre, de delimitación comarcal	¶ Ley 11/1987, de 26 de diciembre, reguladora de las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las diputaciones
ARAGÓN	¶ Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local	¶ Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de comarcalización	¶ Ley 8/1985, de 20 de diciembre, reguladora de las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las diputaciones (derogada por la Ley 7/1999)
ASTURIAS		¶ Ley 3/1986, de 15 de mayo, procedimiento de creación de comarcas	
BALEARES			¶ Ley 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares, que deroga la Ley 5/1989, de 13 de abril, del mismo nombre(*)
CANARIAS	¶ Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas (modificada por la Ley 14/1990, de 26 de julio)		¶ Ley 8/1993, de 1 de diciembre, de competencias de los consejos insulares en materia de régimen local.
CANTABRIA	¶ Ley 6/1994, de 19 de mayo, reguladora de las entidades locales menores	¶ Ley 8/1999, de 28 de abril, de comarcas	
CASTILLA Y LEÓN	¶ Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local	¶ Ley 1/1991, de 14 de marzo, de creación y regulación de la comarca de El Bierzo	¶ Ley 6/1986, de 6 de junio, reguladora de las relaciones de la Comunidad Autónoma y las entidades locales (derogada por la Ley 1/1998)
CASTILLA-LA MANCHA	¶ Ley 3/1991, de 14 marzo de 1991, de entidades locales (modificada por la Ley 3/1998, de 4 de junio)		¶ Ley 2/1991, de 14 de marzo, de coordinación de las diputaciones provinciales
CATALUÑA	¶ Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local ¶ Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona	¶ Ley 6/1987, de 4 de abril, de organización comarcal ¶ Ley 22/1987, de 16 de diciembre, de división, organización comarcal, y elección de los consejos comarcales	¶ Ley 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales
EXTREMADURA			¶ Ley 5/1990, de 30 de noviembre, de relaciones interadministrativas entre las diputaciones provinciales y la Comunidad Autónoma
GALICIA	¶ Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local	¶ Ley 7/1996, de 10 de julio, de desarrollo comarcal(**)	¶ Ley 8/1989, de 15 de junio, de delimitación y coordinación de las competencias de las diputaciones (derogada por la Ley 5/1997).
LA RIOJA	¶ Ley 3/1993, de 22 de septiembre, de régimen local		
MURCIA	¶ Ley 6/1988, de 25 de agosto, de régimen local		¶ Ley 7/1983, de 7 de octubre, sobre descentralización territorial y colaboración de la Comunidad Autónoma y los entes locales.
NAVARRA	¶ Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración local		

CUADRO 9 (CONTINUACIÓN). LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS EN MATERIA DE RÉGIMEN LOCAL

Comunidades autónomas	Organización territorial/ Administración local/Régimen local/Entidades locales	Comarcalización	Relaciones interadministrativas
PAÍS VASCO			<ul style="list-style-type: none"> ■ Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos. ■ Ley 13/1994, de 30 de junio, por la que se regula la Comisión Arbitral
EXTREMADURA			<ul style="list-style-type: none"> ■ Ley 5/1990, de 30 de noviembre, de relaciones interadministrativas entre las diputaciones provinciales y la Comunidad Autónoma
C. VALENCIANA			<ul style="list-style-type: none"> ■ Ley 2/1983, de 4 de octubre, por la que se declaran de interés general para la Comunidad Valenciana determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales

(*) La Ley 8/2000 ha sido recurrida por el presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional (Recurso de inconstitucionalidad 6433/2000). (**) La Ley 7/1996 se enmarca dentro de los artículos 27.24 y 30.I.1 del Estatuto de autonomía de Galicia sobre la promoción y el desarrollo comunitario; y, el fomento y planificación de la actividad económica.

Fuente: elaboración propia.

cias de la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841 y el Real decreto-ley paccionado de 5 de noviembre de 1925.

Igualmente, también hay que señalar en cada bloque, de manera indistinta, la legislación de las comunidades autónomas que han tenido por objeto la regulación de nuevos entes locales como las comarcas, o aquéllas que han regulado las relaciones interadministrativas entre las comunidades autónomas y las entidades locales de su territorio, como las diputaciones provinciales, cabildos insulares de Canarias, consejos insulares de Baleares, y los territorios históricos del País Vasco.

Por tanto, las previsiones de descentralización del sistema administrativo autonómico en favor de las entidades locales, en definitiva, la encomienda de nuevas competencias, puede realizarse mediante distintos instrumentos: de carácter legal; de carácter reglamentario; e incluso, de índole convencional, entre la comunidad autónoma y las entidades locales. Sin embargo, en la negociación de los *pactos locales autonómicos* está presente una cuestión de debate centrada en el alcance de la transferencia de competencias: por un lado, de la titularidad, mediante ley; y, por otro, de la delegación de su ejercicio.

La primera posibilidad resulta –al menos políticamente– más «resistente» por parte de las comunidades autónomas a ceder la titularidad de competencias a favor de las entidades locales, máxime cuando existe

toda una estrategia reivindicativa de incremento de las contenidas inicialmente en los estatutos de autonomía⁵³. En este sentido, recordaba Castells (1991: 27), que «es notorio, desde el primer momento, la voluntad de las comunidades autónomas de afianzamiento propio, potenciado su interno conjunto institucional y extendiendo sus competencias hasta el límite de la garantía institucional de las entidades locales.»

Respecto a la segunda posibilidad, la delegación, permite establecer mecanismos de control sobre la actuación de las entidades locales, a diferencia de la primera, lo que supone una menor autonomía de éstas en el ejercicio de sus competencias. Ahora bien, la legislación autonómica contempla los procedimientos de la transferencia o delegación de competencias, y el alcance de las características y tamaño de población de los municipios objeto de las mismas, inclusive las que hacen referencias a entidades comarcales y provinciales. Sin embargo, otra cuestión ha sido la materialización de esas atribuciones de competencias posibles, y es aquí donde se instala la dinámica política de negociación de los *pactos locales autonómicos*, al margen de acciones puntuales que se hayan desarrollado con anterioridad o al margen de este referente. Un referente que marcaría la voluntad política descentralizadora de las CC.AA. en los entes locales de su territorio que, a su vez, tendría que ser consecuente con el contexto municipal de la misma.

En los cuadros 10 y 11 recogemos el estado de la negociación (hasta mayo de 2000) de los citados pactos entre los gobiernos autonómicos y las asociaciones o federaciones de entidades locales, según las competencias sobre régimen local inicialmente atribuidas en los respectivos estatutos. La información recogida contiene tanto la producción documental de las reivindicaciones efectuadas por las asociaciones y federaciones de entidades locales, las propuestas de los gobiernos autonómicos, los acuerdos entre gobiernos–federaciones de entidades locales (materias concretas), órganos constituidos como marco de la negociación, y desarrollos, en su caso, de la agenda de negociación de cada *Pacto local autonómico*⁵⁴.

⁵³ También hay que recordar la posibilidad de establecer una administración autonómica indirecta mediante la asignación de competencias a las diputaciones provinciales; es decir, la gestión ordinaria por estas de los servicios periféricos de las CC.AA. Estas figuras previstas en los estatutos de autonomía (excepto en los del País Vasco y Cataluña) y en la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico. Véase a este respecto los *Acuerdos autonómicos* de 1981. Por el contrario, la reacción fueron las leyes de coordinación entre las CC.AA. y las diputaciones provinciales, cabildos insulares de Canarias, consejos insulares de Baleares, y territorios históricos del País Vasco.

⁵⁴ Las fuentes documentales utilizadas proceden directamente de las asociaciones y federaciones de entidades locales, y de los gobiernos autonómicos correspondientes.

CUADRO 10. LA NEGOCIACIÓN DE LOS PACTOS LOCALES AUTONÓMICOS ENTRE LOS GOBIERNOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS ASOCIACIONES TERRITORIALES DE ENTIDADES LOCALES
(CC.AA. que tienen atribuidas competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local en general)

Comunidades autónomas	Estado de la negociación de los pactos locales autonómicos
PAÍS VASCO	<ul style="list-style-type: none"> ■ Institucionalización del Consejo Municipal de Euskadi (Decreto 326/1994, de 28 de julio), como órgano de encuentro de la Administración municipal con el resto de las administraciones públicas vascas, y con funciones deliberantes y consultivas sobre los anteproyectos de leyes de la Comunidad Autónoma y de normas forales de sus territorios históricos, entre otras. ■ Decreto 94/1997, de 29 de abril, de comisiones de coordinación de ámbito local. ■ No hay documentos sobre el Pacto local autonómico.
CATALUÑA	<ul style="list-style-type: none"> ■ Documento de la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas (ACMC): «Propuesta de Acuerdo local para Cataluña» (diciembre de 1997).
GALICIA	<ul style="list-style-type: none"> ■ El Grupo Popular de la Federación Gallega de Municipios y Provincias (FEGAMP) elabora el documento: «Primeiro borrador do Pacto local» (diciembre de 1997). ■ Constitución de la Comisión Gallega de Cooperación Local prevista en el art. 188 de la Ley 5/1997, de 22 de julio de Administración local de Galicia (mayo de 1998). ■ La Xunta de Galicia entrega a la FEGAMP su documento de bases sobre el Pacto local autonómico (mayo de 1998). ■ En la Comisión Gallega de Cooperación Local la FEGAMP y la Xunta de Galicia aprueban un documento en el que se fija el contenido del Pacto Local autonómico (julio de 1998). ■ Se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Gallega de Cooperación Local (Decreto 280/1998, de 24 de septiembre). ■ Constitución de la primera Comisión Sectorial sobre Asuntos Sociales, de acuerdo con el Reglamento de la Comisión Gallega de Cooperación Local (junio de 1999).
ANDALUCÍA	<ul style="list-style-type: none"> ■ Septiembre de 1996, recopilación de las reivindicaciones en materia de Pacto local adoptadas en la III (1992) y IV (24 y 25 de noviembre de 1995) Asambleas generales de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP). ■ «Documento de trabajo del Pacto local andaluz» (abril de 1997), que integra las propuestas de la FAMP, de la Junta de Andalucía, y también las del documento de la FEMP, «Bases para el Pacto local», de 24 de septiembre de 1996. ■ Constitución de la Mesa del Pacto local andaluz (4 de marzo de 1998). ■ Constitución de ocho Mesas sectoriales para el análisis de los distintos ámbitos de competencias que se verían afectados por el «Pacto local andaluz»: Asuntos Sociales (23 de julio de 1998), Trabajo e Industria (29 de julio de 1998), Obras Públicas y Transportes (31 de julio de 1998), Medio Ambiente (25 de septiembre de 1998), Turismo y Deportes (25 de noviembre de 1998), Educación y Cultura (10 de diciembre de 1998), Presidencia, Gobernación y Cultura (14 de diciembre de 1998), y Salud, Trabajo e Industria (18 de diciembre de 1998). ■ La consejera de Gobernación presenta en el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía las «Propuestas para el desarrollo del Pacto local andaluz» (13 de abril de 1999).
CANARIAS	<ul style="list-style-type: none"> ■ Se inician las negociaciones entre la Federación Canaria de Municipios (FECAM) y el Gobierno de Canarias a partir de 1994, para que la federación sea informada previamente de los proyectos de ley que afecten a los municipios. Un ejemplo de participación en las consultas previas son: la Ley 3/1999, de 4 de febrero del Fondo Canario de Financiación Local, la Ley 9/1999 y la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio.

(*) La reforma del Estatuto de autonomía de Aragón (Ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre) introduce la competencia sobre régimen local en general.

Fuente: elaboración propia.

CUADRO 10 (CONTINUACIÓN). LA NEGOCIACIÓN DE LOS PACTOS LOCALES AUTONÓMICOS ENTRE LOS GOBIERNOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS ASOCIACIONES TERRITORIALES DE ENTIDADES LOCALES (CC.AA. que tienen atribuidas competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local en general)

Comunidades autónomas	Estado de la negociación de los pactos locales autonómicos
	<ul style="list-style-type: none"> ■ La Consejería de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Canarias convocó el 28 de junio de 1999 un concurso para la contratación de la asistencia técnica consistente en el estudio y análisis de la situación del grado de prestación de los servicios públicos municipales y del ejercicio de sus competencias, así como de la capacidad de los ayuntamientos de Canarias para la asunción de nuevas competencias en el marco del Pacto local (BOC, 9 de julio de 1999). ■ No hay documentos explícitos sobre el Pacto local autonómico.
VALENCIANA	<ul style="list-style-type: none"> ■ En el Debate de política general de 25 de septiembre de 1996 en las Cortes Valencianas, los grupos parlamentarios aprueban la Resolución núm. 94/IV sobre el desarrollo del Pacto local en la Comunidad valenciana. ■ Constitución de la <i>Comisión Paritaria Mixta</i>: Gobierno de la Generalitat Valenciana y la Federación Valenciana de Municipios y Provincias (FVMP), de acuerdo con la citada Resolución parlamentaria, el 17 de febrero de 1997. ■ Entre febrero de 1987 y marzo de 1998 la <i>Comisión Paritaria Gobierno de la Generalitat-FVMP</i> celebran cinco reuniones, elaborando un «Borrador-documento del Pacto local». ■ De acuerdo con la Resolución núm. 99/IV se crea la <i>Comisión de Colaboración de la Generalitat Valenciana y sus Entes Locales</i>. ■ En la VII Asamblea general extraordinaria de la FVMP, de 27 de febrero de 1999, se aprueba el «Documento de Pacto local», adoptado en la citada comisión paritaria. ■ En mayo de 2000 comenzará en el seno de la <i>Comisión Paritaria</i> Gobierno de la Generalitat-FVMP la negociación para desarrollar el «Documento de Pacto local».
NAVARRA	<ul style="list-style-type: none"> ■ Resolución de la Asamblea General de la Federación Navarra de Municipios y Concejos (FNMC) en la que se plantea la necesidad de un pacto local para Navarra (18 de diciembre de 1999). ■ No hay documentos sobre el Pacto local autonómico.

Fuente: elaboración propia.

CUADRO 11. LA NEGOCIACIÓN DE LOS PACTOS LOCALES AUTONÓMICOS ENTRE LOS GOBIERNOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS ASOCIACIONES TERRITORIALES DE ENTIDADES LOCALES (CC.AA. que tienen atribuidas competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local sólo en determinadas materias)

Comunidades autónomas	Estado de la negociación de los pactos locales autonómicos
ARAGÓN(*)	<ul style="list-style-type: none"> ■ Documento de la Federación Aragonesa de Municipios y Provincias (FAMP): «El Pacto local de Aragón» (febrero de 1996)
ASTURIAS	<ul style="list-style-type: none"> ■ El Consejo de Gobierno remite a la Junta General del Principado un proyecto de ley por el que se regula la organización y funciones de la <i>Comisión Asturiana de Administración Local</i> (25 de noviembre de 1999), con carácter consultivo y asesor sobre los anteproyectos de leyes de la Comunidad Autónoma, entre otras, que afecten al régimen local. ■ Propuesta de calendario del Gobierno del Principado de Asturias remitido a la Federación Asturiana de Concejos (FAC) para llevar a cabo la negociación del Pacto local en el seno de la <i>Comisión Asturiana de Administración Local</i> (abril de 2000). ■ Documento de la FAC: «Borrador de Pacto local», remitido al Gobierno del Principado relacionando las materias susceptibles de negociación (abril de 2000). ■ Ley 1/2000, de 20 de junio, por la que se crea la <i>Comisión Asturiana de Administración Local</i>.

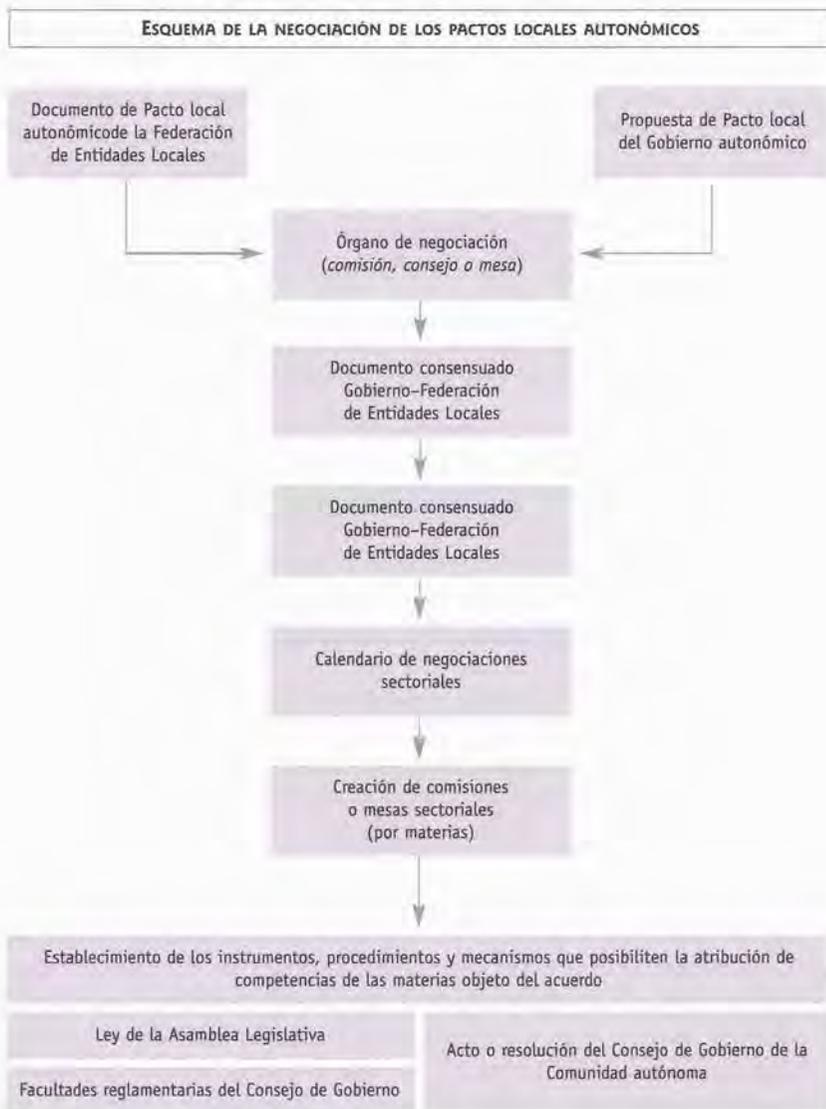
CUADRO II (CONTINUACIÓN). LA NEGOCIACIÓN DE LOS PACTOS LOCALES AUTONÓMICOS ENTRE LOS GOBIERNOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS ASOCIACIONES TERRITORIALES DE ENTIDADES LOCALES (CC.AA. que tienen atribuidas competencias de desarrollo legislativo y de ejecución sobre régimen local sólo en determinadas materias)

Comunidades autónomas	Estado de la negociación de los pactos locales autonómicos
BALEARES	<ul style="list-style-type: none"> ■ No hay documentos sobre el Pacto local autonómico. Expresión de la necesidad de un pacto local en reiteradas asambleas de la Federación de Entidades Locales de las Islas Baleares. ■ Propuesta de calendario del Gobierno del Principado de Asturias remitido a la Federación Asturiana de Concejos (FAC) para llevar a cabo la negociación del Pacto local en el seno de la <i>Comisión Asturiana de Administración Local</i> (abril de 2000). ■ Documento de la FAC: «<i>Borrador de Pacto local</i>», remitido al Gobierno del Principado relacionando las materias susceptibles de negociación (abril de 2000). ■ Ley 1/2000, de 20 de junio, por la que se crea la <i>Comisión Asturiana de Administración Local</i>.
CANTABRIA	<ul style="list-style-type: none"> ■ Constitución de la Mesa para el desarrollo del Pacto local en Cantabria (3 de marzo de 1999). ■ Documento de la Federación de Municipios de Cantabria: «<i>Bases para el desarrollo del Pacto local en Cantabria</i>» (9 de abril de 1999).
CASTILLA Y LEÓN	<ul style="list-style-type: none"> ■ Aportaciones sobre el Pacto Local en Castilla y León en las asambleas generales de la Federación Regional de Municipios y Provincias de Castilla y León (FRMP) de 25 de junio de 1998 (VII) y 18 de diciembre de 1999 (VIII). ■ Constitución en el seno de la Federación de la <i>Comisión Negociadora del Pacto local Autonómico en Castilla y León</i> (4 de abril de 2000).
CASTILLA-LA MANCHA	<ul style="list-style-type: none"> ■ En las jornadas celebradas por la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, Cuenca, 9-10 de junio de 1997, se conforman unas «<i>Conclusiones sobre el Pacto Local en Castilla-La Mancha</i>».
EXTREMADURA	<ul style="list-style-type: none"> ■ No hay documentos sobre el Pacto local autonómico.
MADRID	<ul style="list-style-type: none"> ■ Convenio entre la Federación de Municipios de Madrid (FMM) y la Comunidad de Madrid para el estudio sobre el Pacto local de la Comunidad de Madrid (febrero-marzo de 1999). ■ Documento de la FMM: «<i>Borrador de estudio sobre el Pacto local en la Comunidad de Madrid</i>» (octubre-noviembre de 1999). ■ Constitución de la <i>Comisión de Trabajo sobre el Pacto Local en la Comunidad de Madrid</i> (17 de diciembre de 1999).
MURCIA	<ul style="list-style-type: none"> ■ No hay documentos sobre el Pacto local autonómico.
LA RIOJA	<ul style="list-style-type: none"> ■ Constitución de la <i>Comisión de Estudio sobre las Transferencias y el Pacto local</i> integrada por representantes de la Administración autonómica, y de la local a través de la Federación Riojana de Municipios (FRM) y la periférica del Estado (12 de julio de 1996). ■ Documento de la FRM: «<i>Bases para el Pacto Local de la Rioja</i>» (1 de octubre de 1998).

Fuente: elaboración propia.

En resumen, a la vista del balance que presentamos del desarrollo de la negociación de los *pactos locales autonómicos*, en las diecisiete CC.AA. es el siguiente: en seis no hay documentos explícitos al respecto (Canarias, Navarra, País Vasco, Baleares, Extremadura y Murcia); en cuatro CC.AA. las asociaciones y federaciones de entidades locales han elaborado documentos de estudio o de propuestas en los que contienen las reivindicaciones sobre materias concretas (Aragón, Cataluña, Castilla y León, y Castilla-La Mancha); y, en siete, no sólo existen documentos

explícitos de las asociaciones o federaciones, sino que también se han iniciado negociaciones creando comisiones o mesas al efecto, consensuado –o en vías– documentos con el Gobierno autonómico (Andalucía, Galicia, Comunidad Valenciana, Asturias, Cantabria, Madrid y La Rioja). En líneas generales se puede establecer un esquema de la negociación de los pactos locales autonómicos partiendo de algunas de las experiencias desarrolladas:



Del esquema citado se desprenden las secuencias siguientes:

■ En primer lugar, las negociaciones Gobierno autonómico-Federación de Entidades Locales parten de documentos respectivos previos en los que se contienen el alcance de las reivindicaciones, por un lado y, por otro, las propuestas gubernamentales.

■ En segundo lugar, el desarrollo de la negociación se institucionaliza en un órgano de composición mixta que puede tener un origen diferente: en un órgano similar al contemplado en la LRBRL (artículo 117), una comisión de Administración local (véase el cuadro 8), creado bien por la legislación de régimen local (caso de Galicia, Ley de Administración local de 1997), bien por una ley específica (caso de Asturias, la *Comisión Asturiana de Administración Local*); de creación parlamentaria (Comunidad Valenciana, *Resolución parlamentaria* de 1996), específico para la negociación (Andalucía, *Mesa del Pacto Local Andaluz*, 4 de marzo de 1998); y, por último, por resolución de la Administración autonómica (La Rioja, Resolución de la Consejería de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, de 16 de julio de 1996).

■ En tercer lugar, fruto de las negociaciones se llega a un acuerdo mutuo sobre las materias que integran la agenda contenido en un documento consensuado entre el Gobierno y la Federación o Asociación de Entidades Locales.

■ En cuarto lugar, según un calendario de negociación sectorial se crean las comisiones, subcomisiones o mesas correspondientes, para perfilar el contenido del acuerdo en la materia correspondiente.

■ En quinto lugar, los acuerdos sobre las atribuciones de competencias a las entidades locales de las materias objeto de la negociación, tendrán que concretarse en los instrumentos y procedimientos correspondientes de distribución de competencias: la transferencia, delegación, encomienda de gestión, o como la previsión contenida en la Ley de Administración local de Aragón (Ley 7/1999, de 9 de abril), que establece la posibilidad de que por leyes sectoriales o por convenios específicos se establezcan procedimientos de gestión integrada de las respectivas competencias. Según el procedimiento definido para cada materia, la formalización del acuerdo político del *Pacto local autonómico*; es decir, la participación de los partidos políticos en sede parlamentaria, se produciría en el caso que se requieran medidas legislativas para el traspaso del ejercicio de funciones de la Comunidad autónoma a las entidades locales acordada entre el Gobierno autonómico y la Federación o Asociación de Entidades Locales. Si, por el contrario, el instrumento es un acto o resolución del Consejo de Gobierno, no obsta a que en sede parlamentaria se explicita el acuerdo o disenso político –en su caso–, a través de los procedimientos de control del ejecutivo y de las diferentes figuras de mociones, proposiciones no de ley o resoluciones.

3. Los cambios introducidos por las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local* en el modelo de organización y funcionamiento institucionalizado en la *normalización local*

El acuerdo alcanzado entre el Gobierno y la FEMP contenido en las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local* no sólo giran en torno a la satisfacción de las reivindicaciones en materia competencial, sino que también alcanzan, como señalábamos en la introducción, al balance necesario a la que está sometida cualquier institucionalización; es decir, los rendimientos, deficiencias y disfunciones manifiestas de los instrumentos jurídico-políticos de la *normalización local* (en este caso la LRBRL y la LOREG). Una reflexión que ya adelantaba Parejo (1995) diez años después de vigencia de la LRBRL, en la que destacaba algunas de las regulaciones más problemáticas y controvertidas de la misma.

El momento de la negociación analizado es aprovechado también para modificar el modelo de organización y funcionamiento de los gobiernos locales regulado en la legislación básica, y encardinarlo con los principios de la Carta europea de la autonomía local (CEAL). Un modelo que no hay que olvidar ha sido complementado por el desarrollo legislativo de las comunidades autónomas sobre Administración o régimen local que reseñábamos anteriormente y que, según casos, ya contenían algunas de las modificaciones efectuadas. Por tanto, vamos a incidir sólo en las modificaciones efectuadas en la LRBRL (Ley 11/1999, de 21 de abril) y en la LOREG (L.O. 8/1999, de 21 de abril) que, según el objetivo expresado en las *Medidas*, se trata de:

■ Fortalecer el Gobierno local: atribución al alcalde o presidente de funciones de carácter ejecutivo que estaban atribuidas al Pleno; de las funciones de control político del Pleno y el establecimiento de las *Comisiones informativas* de control; y, que la actuación de los miembros de las corporaciones locales se lleve a cabo a través de la constitución de los *grupos políticos municipales*.

■ Fortalecer la democracia local: perfeccionamiento de la institución de la «moción de censura», y la introducción de una nueva institución de control a iniciativa del alcalde, la «cuestión de confianza».

En este sentido, en el artículo 2 de la CEAL al definir el concepto de autonomía local señala, además que «se ejerce por asambleas o consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual y directo», y que los órganos colegiados «pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos.» Igualmente, se añade en la CEAL que «esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa allí donde esté permitida.»

Sin duda, esta última consideración de la CEAL conecta con uno de

los retos planteados por el «nuevo localismo», la cuestión de la participación vecinal que, a pesar de su plasmación en la LRBRL, su desarrollo por los gobiernos locales presenta un rendimiento desigual⁵⁵. Una mención similar se puede decir de otro instrumento de la democracia directa como es el referéndum local, que cuenta con una regulación poco ágil que lo convierte de hecho en una cuestión nominal⁵⁶.

3.1 La redefinición del entorno ejecutivo local y la parlamentarización del Gobierno local

El modelo orgánico-funcional del Gobierno local que se instaura a partir de las elecciones de la *transición local* de 1979 mantiene el establecido en los instrumentos jurídico-políticos de normalización local de la dictadura de Primo de Rivera (Estatuto municipal de 1924), de la II República (1935), y del franquismo (1955) y tardofranquismo (1975) (Márquez, 1995b). Se trata del binomio de alcalde (*órgano ejecutivo*) y Pleno (*órgano de control* al modo «parlamentario», además de otras competencias) –integrado por todos los concejales–, incluida la Comisión Permanente que es un órgano colegiado integrado por un número de concejales y que asiste al alcalde en sus funciones. Este esquema de organización municipal se ha desarrollado en dos modelos de formación del Gobierno local, con su incidencia en la dinámica política local durante estos veinte años de democracia local:

■ El primer modelo orgánico-funcional está contenido en el instrumento jurídico-político de transición local, la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales (modificada por la Ley orgánica 6/1983), y en la legislación de normalización local del franquismo y del tardofranquismo. Los períodos de mandato local regulados por la citada legislación son los de 1979-1983 y 1983-1987. La formación del Gobierno local tiene un carácter de *orientación corporativa*, en la medida en que la discrecionalidad de nombramiento de los órganos unipersonales y colegiados de asistencia al alcalde está limitada. El *entorno ejecutivo* estaría constituido por el alcalde, los tenientes de alcalde (que forman parte de la Comisión Permanente⁵⁷), y aquellos concejales (que no sean tenien-

⁵⁵ Véase al respecto a NAVARRO YAÑEZ, C. J., *El nuevo localismo. Municipio y democracia en la sociedad global*, Córdoba, Diputación de Córdoba, 1998; y, *El sesgo participativo*, Córdoba, CSIC/IESA, 1999.

⁵⁶ Sobre el rendimiento del referéndum local en España (hasta 1991) véase a Molins, J., «El referéndum a nivel local. El caso español», en Morata (1992), págs. 143-153; y, a García Hernández, L y Sanjuan de la Fuente, E., «Consultas populares y participación ciudadana», en Font i Llovet (1992), págs. 403-426

⁵⁷ La Comisión Permanente es obligatoria en los municipios de más de 2.000 habitantes.

tes de alcalde) que tengan delegadas atribuciones por el alcalde, por ejemplo, al frente de áreas de gestión que conforman la «departamentación» administrativa local). Sin embargo, la composición de la Comisión Permanente es proporcional al número de miembros de cada lista con representación en el Pleno, por lo tanto queda excluida como valor en la negociación coalicional.

■ El segundo modelo orgánico-funcional está regulado en los instrumentos jurídico-políticos de normalización del régimen local de acuerdo con la Constitución de 1978: la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL); y, la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG). Los períodos de mandato local que comprende este modelo son los de 1987-1991, 1991-1995 y 1999-2003. La formación del Gobierno tiene un carácter de *orientación presidencialista*, porque el alcalde tiene atribuida la plena discrecionalidad de nombramiento de los órganos unipersonales y colegiados de asistencia al mismo, además de las competencias atribuidas, aunque su elección no sea directa por sufragio universal y directo sino indirecto por parte de los concejales. No obstante, hay que distinguir entre los municipios de menos de 5.000 habitantes, y los de más de 5.000. En los municipios de más de 5.000 habitantes el *entorno ejecutivo básico* está constituido por el alcalde y la Comisión de Gobierno⁵⁸, incluidos los tenientes de alcalde que son miembros de la misma; y, el *entorno ejecutivo ampliado* comprende al alcalde, la Comisión de Gobierno, y aquellos concejales (que no sean tenientes de alcalde o que sean miembros de la Comisión de Gobierno) que tengan delegadas atribuciones por el alcalde, por ejemplo, al frente de áreas de gestión que conforman la «departamentación» administrativa local. En los municipios de menos de 5.000 habitantes el *entorno ejecutivo básico* comprende al alcalde y a los tenientes de alcalde; y, el *amplio*, comprende al alcalde, los tenientes de alcalde, y los concejales que tengan delegadas atribuciones.

Ambos modelos son, en principio, congruentes con la elección en segundo grado del alcalde, optando por una de las dos posibilidades que establece la Constitución. En este sentido, hay que señalar que durante la tramitación parlamentaria de los seis proyectos de ley contenidos en las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, el PSOE presentó un Proyecto de ley de modificación de la LOREG, en diciembre de 1998, para regular la elección directa del alcalde⁵⁹.

⁵⁸ La Comisión de Gobierno es obligatoria en los municipios de más de 5.000 habitantes, y en los de menos que así lo regulen en su Reglamento orgánico.

⁵⁹ El Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición de ley orgánica de modificación de la LOREG (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Di-*

La reforma del modelo contenido en la LRBRL (Ley 11/1999, de 21 de abril) de acuerdo con el objetivo citado de «fortalecimiento del Gobierno local», profundiza en la dirección señalada de división de funciones ejecutivas (alcalde) y de control (al modo «parlamentario») del Pleno. En síntesis, las modificaciones más significativas son las siguientes:

a) Refuerzo de las funciones de control político del Pleno mediante:

▮ Una mayor frecuencia de sus sesiones plenarias como mínimo: una al mes en las diputaciones y municipios de más de 20.000 habitantes; y, cada dos meses en los municipios comprendidos entre 5.001 y 20.000 habitantes.

▮ Carácter preceptivo de los órganos de estudio, informe y seguimiento de la gestión del alcalde o presidente. La existencia obligatoria de comisiones informativas en los municipios de más de 5.001 habitantes, y en los de menos en que así lo disponga su Reglamento orgánico o lo acuerde el Pleno, si su legislación autonómica no prevé en este ámbito otra forma organizativa.

▮ Previsión de que exista en cada Pleno, como parte diferenciada, aquella sesión dedicada al control político.

▮ Convocatoria automática del Pleno extraordinario cuando no sea convocado por el alcalde o presidente.

b) Se reconocen al alcalde o presidente funciones de carácter meramente ejecutivo que actualmente corresponden al Pleno, con el fin de lograr una mayor eficacia en el funcionamiento del ayuntamiento o diputación:

▮ Desarrollo de la gestión económica, de acuerdo con el presupuesto aprobado en Pleno.

putados, VI Legislatura, Serie B, núm. 256-1, de 7 de diciembre de 1998), en la que postula –de acuerdo con la Constitución– la elección directa del alcalde con un sistema de segunda vuelta. Si en la primera votación ningún candidato alcanza la mitad más uno de los votos válidos, sólo podrán concurrir a la segunda vuelta aquéllos que hubieran obtenido al menos el 15 por 100 de votos válidos. Igualmente, la elección directa del alcalde está vinculada a la atribución de los puestos de concejales. La candidatura que presenta al candidato que sea elegido alcalde se le atribuirá el número de concejales que le corresponda según la fórmula d'Hondt y, como mínimo, el 50 por 100 de los concejales.

También señalamos al respecto que en el instrumento de ratificación de la Carta europea de la autonomía local, el 28 de enero de 1988, se realiza la siguiente excepción: «el Reino de España únicamente no se considera vinculado por el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma.»

■ Aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno.

■ Nombramiento y sanción del personal de la corporación.

■ Suscribir contratos y aprobar concesiones que no superen el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto⁶⁰.

■ Adquisición de bienes y derechos, cuando su valor no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto.

Por último, señalar de entre las demás modificaciones introducidas, que el Pleno de la corporación, con cargo a los presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos, y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las leyes de presupuestos generales del Estado, y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.

En la tramitación parlamentaria de la modificación de la LRBRL la posición discrepante más significativa de algunos grupos parlamentarios estuvo centrada sobre el refuerzo de las competencias del alcalde en detrimento del Pleno. En concreto, el Sr. Fernández Sánchez, Diputado del Grupo Parlamentario IU en el Congreso de los Diputados, señaló que con la reforma se aspira a «instaurar un modelo presidencialista de los ayuntamientos, reforzando la figura de los alcaldes en una nueva distribución de competencias que vacía de contenido la función de los plenos municipales y que despoja a los concejales del poder de decisión que su voto tiene en los plenos sobre los asuntos que a partir de las reformas serán competencia exclusiva del alcalde»⁶¹.

⁶⁰ Por ejemplo, véase al respecto en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, la disposición adicional novena que contiene normas específicas de régimen local, y que afecta al artículo 88.3 de la LRBRL.

⁶¹ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 205, 17 de diciembre de 1998, pág. 11.119. De un tenor similar también se manifestó el Sr. Rodríguez Sánchez, diputado del BNG en el Grupo Parlamentario Mixto (*Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 205, 17 de diciembre de 1998, págs. 11.115-11.116). En el Senado el Sr. Román Clemente, senador de IU en el Grupo Parlamentario Mixto, también expresó un argumento en contra de la reforma similar a la que su formación expuso en el Congreso (*Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado*, Sesión del Pleno, VI Legislatura, núm. 125, 25 de marzo de 1999, págs. 5.920-5921).

Para evaluar el alcance de las modificaciones establecidas en la LRBRL, en orden a la distribución de las atribuciones de cada órgano competente, hemos procedido a su cuantificación agrupando las atribuciones en 14 bloques de competencias⁶². En el cuadro 11 distribuimos las 106 competencias consideradas, de acuerdo con la legislación correspondiente, que están atribuidas a los órganos unipersonales y colegiados del ayuntamiento. En el cuadro 12 los tipos de mayoría (absoluta o simple) requeridas en el Pleno para los acuerdos en el ejercicio de sus atribuciones. En el cuadro 13 cuantificamos las posibilidades de delegación de las competencias atribuidas al alcalde; en el cuadro 14 reseñamos esas mismas posibilidades pero de las referidas al Pleno; y, por último, en el cuadro 15 recogemos de manera conjunta las posibilidades de delegación de ambos órganos, del alcalde y del Pleno.

Sin embargo, tenemos que señalar que la cuantificación realizada está referida a las modificaciones de la LRBRL, al margen de aquellas atribuciones de materias a los órganos correspondientes efectuada por los legisladores sectoriales del Estado y de las comunidades autónomas. En este sentido, Marcos Oyarzun (2000), realiza un análisis sistemático y pormenorizado de las competencias locales contenidas en la legislación material de aplicación correspondiente, así como las establecidas en el texto refundido en materia de régimen local (Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril), y en el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre).

⁶² Para la elaboración de los cuadros en los que cuantificamos el régimen orgánico-funcional del ayuntamiento hemos tenido en cuenta también la clasificación por materias efectuada por Rodríguez Álvarez (1999a).

**CUADRO II. DISTRIBUCIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DE CADA ÓRGANO COMPETENTE DE LOS AYUNTAMIENTOS
DESPUÉS DE LAS MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL**
(Legislación del Estado modificada en abril de 1999)

Atribuciones	Legislación LRBRL (artículos)	Alcalde		Pleno		Concurrencia alcalde y Pleno		Comisiones Informativas		Grupos políticos		Concejal		Total	
		n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%
1. Nombramiento del «entorno ejecutivo»	21, 23 ⁽¹⁾	3	2,8	1	0,9	-	-	-	-	-	-	-	-	4	3,8
2. Control político y seguimiento de la gestión	20, 22, 46, 77 ⁽²⁾	-	v	3	2,8	-	-	1	0,9	1	0,9	2	1,9	6	5,7
3. Presidencia, representación y dirección del ayuntamiento	21, 23, 46	14	13,2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	14	13,2
4. Institucional y símbolos del municipio	22, 47	-	-	7	6,6	-	-	-	-	-	-	-	-	7	6,6
5. Participación en organizaciones supramunicipales	22, 47	-	-	3	2,8	-	-	-	-	-	-	-	-	3	2,8
6. Potestad reglamentaria	21, 22, 47	1	0,9	5	4,7	-	-	-	-	-	-	-	-	6	5,7
7. Potestad sancionadora	4, 21, 22 ⁽³⁾	1	0,9	1	0,9	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1,9
8. Defensa jurídica de la corporación	21, 22, 53, 110 ⁽⁴⁾	4	3,8	6	5,7	-	-	-	-	-	-	-	-	10	9,4
9. Ordenación y gestión económico-financiera	21, 22, 23, 47 ⁽⁵⁾	3	2,8	6	5,7	3	2,8	-	-	-	-	-	-	12	11,3
10. Contratación	21, 22, 47	3	2,8	3	2,8	-	-	-	-	-	-	-	-	6	5,7
11. Administración y gestión de patrimonio	21, 22, 47	3	2,8	7	6,6	-	-	-	-	-	-	-	-	10	9,4
12. Planificación y gestión de recursos humanos	21, 22	11	10,4	4	3,8	-	-	-	-	-	-	-	-	15	14,2
13. Servicios públicos y ejercicio de actividades económicas	21, 22, 47, 86	1	0,9	4	3,8	1	0,9	-	-	-	-	-	-	6	5,7
14. Urbanismo	21, 22 ⁽⁶⁾	3	2,8	2	1,9	-	-	-	-	-	-	-	-	5	4,7
TOTAL		47	44,3	52	49,1	4	3,8	1	0,9	1	0,9	2	1,9	106	100,0

(1) Artículo 196 de la LOREG. (2) Artículos 197 y 197 bis. de la LOREG. (3) Artículo 127 de la Ley 30/1992. (4) Artículo 102 de la Ley 30/1992; Artículos 3.3º y 10.3 de la Ley orgánica 2/1987, de 18 de mayo de conflictos jurisdiccionales; y Artículo 75 ter. 2 de la LOTC. (5) Artículos 48.1 y 158.5 de la LHL. (6) La atribución anotada está referida a la aprobación definitiva.

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO 12. TIPO DE MAYORÍA REQUERIDA EN EL PLENO PARA LOS ACUERDOS EN EL EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES DESPUÉS DE LAS MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL
(Legislación del Estado modificada en abril de 1999)

Atribuciones	Tipo de mayoría requerida					
	Absoluta		Simple		Total	
	n.º	%	n.º	%	n.º	%
1. Nombramiento del «entorno ejecutivo»	1	1,9	–	–	1	1,9
2. Control político y seguimiento de la gestión ⁽¹⁾	2	3,7	1	1,9	3	5,6
3. Presidencia, representación y dirección del ayuntamiento	–	–	–	–	–	–
4. Institucional y símbolos del municipio	6	11,1	1	1,9	7	13,0
5. Participación en organizaciones supramunicipales	3	5,6	–	–	3	5,6
6. Potestad reglamentaria	3	5,6	2	3,7	5	9,3
7. Potestad sancionadora ⁽²⁾	–	–	–	–	–	–
8. Defensa jurídica de la corporación ⁽³⁾	2	3,7	3	5,6	5	9,3
9. Ordenación y gestión económico-financiera ⁽⁴⁾	1	1,9	8	14,8	9	16,7
10. Contratación ⁽⁵⁾	1	1,9	2	3,7	3	5,6
11. Administración y gestión de patrimonio	4	7,4	3	5,6	7	13,0
12. Planificación y gestión de recursos humanos	–	–	4	7,4	4	7,4
13. Servicios públicos y ejercicio de actividades económicas ⁽⁶⁾	2	3,7	3	5,6	5	9,3
14. Urbanismo ⁽⁷⁾	1	1,9	1	1,9	2	3,7
TOTAL	26	48,1	28	51,9	54	100,0

(1) En la votación de la «cuestión de confianza» se requiere mayoría simple para los presupuestos, y la absoluta para las otras materias (que corresponde a una de las dos atribuciones que requieren mayoría absoluta). (2) No se ha reseñado el tipo de mayoría porque depende del quórum exigido para cada tipo de ordenanza o reglamento. (3) No se incluye el tipo de mayoría en la atribución referida a la «declaración de lesividad de los actos del ayuntamiento». (4) En la atribución de «concesión de quitas y esperas» se ha anotado la mayoría simple, cuando su importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, ya que se requiere mayoría absoluta si supera el citado porcentaje. Igualmente, en la atribución de «concertación de operaciones de crédito» se ha anotado la mayoría simple, cuando su importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, ya que se requiere mayoría absoluta si supera el citado porcentaje y en el caso del art.158.5 de la LHL. (5) En la atribución sobre «contratos y concesiones plurianuales, cuando su duración sea superior a cuatro años», se ha anotado la mayoría absoluta requerida cuando sean por más de cinco años y su cuantía exceda del 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, ya que se requiere la mayoría simple en los demás casos. (6) Se ha anotado la mayoría simple requerida en la atribución de «municipalización de actividades económicas y su forma de gestión» en el caso de que sea en régimen de libre concurrencia, ya que se requiere la mayoría absoluta si es en régimen de monopolio. (7) Se ha anotado la mayoría simple cuando la aprobación definitiva de los «instrumentos de desarrollo del planeamiento general» corresponda al Pleno, y la mayoría absoluta en los casos de que la legislación autonómica atribuya al Pleno la aprobación definitiva de los «instrumentos de planeamiento general».

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO 13. POSIBILIDADES DE DELEGACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DEL ALCALDE DESPUÉS DE LAS «MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL»
(Legislación del Estado modificada en abril de 1999)

Atribuciones	Posibilidad de delegación de las atribuciones del alcalde(*)					
	Sí		No		Total	
	n.º	%	n.º	%	n.º	%
1. Nombramiento del «entorno ejecutivo»	–	–	3	5,9	3	5,9
2. Control político y seguimiento de la gestión	–	–	–	–	–	–
3. Presidencia, representación y dirección del ayuntamiento	4	7,8	10	19,6	14	27,5
4. Institucional y símbolos del municipio	–	–	–	–	–	–
5. Participación en organizaciones supramunicipales	–	–	–	–	–	–
6. Potestad reglamentaria	–	–	1	2,0	1	2,0
7. Potestad sancionadora	1	2,0	–	–	1	2,0
8. Defensa jurídica de la corporación	–	–	4	7,8	4	7,8
9. Ordenación y gestión económico-financiera	1	1,9	8	14,8	9	16,7
10. Contratación	1	1,9	2	3,7	3	5,6
11. Administración y gestión de patrimonio	4	7,8	2	3,9	6	11,8
12. Planificación y gestión de recursos humanos	8	15,7	3	5,9	11	21,6
13. Servicios públicos y ejercicio de actividades económicas	2	3,9	–	–	2	3,9
14. Urbanismo ⁽¹⁾	3	5,9	–	–	3	5,9
TOTAL	28	54,9	23	45,1	51	100,0

(*) El alcalde puede delegar el ejercicio de sus atribuciones en la Comisión de Gobierno, tenientes de alcalde, y en los concejales. (1) El alcalde sólo puede delegar en la Comisión de Gobierno dos de las tres atribuciones anotadas, una de ellas –«proyectos de urbanización»–, si la aprobación definitiva la previese la legislación autonómica.

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO 14. POSIBILIDADES DE DELEGACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DEL PLENO DESPUÉS DE LAS MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL
(Legislación del Estado modificada en abril de 1999)

Atribuciones	Posibilidad de delegación de las atribuciones del Pleno(*)					
	Si		No		Total	
	n.º	%	n.º	%	n.º	%
1. Nombramiento del «entorno ejecutivo»	–	–	1	1,8	1	1,8
2. Control político y seguimiento de la gestión	–	–	3	5,4	3	5,4
3. Presidencia, representación y dirección del ayuntamiento	–	–	–	–	–	–
4. Institucional y símbolos del municipio	–	–	7	13	7	12,5
5. Participación en organizaciones supramunicipales	–	–	3	5,4	3	5,4
6. Potestad reglamentaria	–	–	5	8,9	5	8,9
7. Potestad sancionadora	–	–	1	1,8	1	1,8
8. Defensa jurídica de la corporación	3	5,4	3	5,4	6	10,7
9. Ordenación y gestión económico-financiera ⁽¹⁾	5	8,9	4	7,1	9	16,1
10. Contratación	2	3,6	1	1,8	3	5,4
11. Administración y gestión de patrimonio	3	5,4	4	7,1	7	12,5
12. Planificación y gestión de recursos humanos	–	–	4	7,1	4	7,1
13. Servicios públicos y ejercicio de actividades económicas ⁽²⁾	1	1,8	4	7,1	5	8,9
14. Urbanismo	–	–	2	3,6	2	3,6
TOTAL	14	25,0	42	75,0	56	100,0

(*) El Pleno puede delegar el ejercicio de sus atribuciones en el alcalde y en la Comisión de Gobierno. (1) En la atribución de «concesión de quitas y esperas» cuando su importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, se ha anotado que el Pleno sí puede delegar la competencia, aunque no es posible la delegación si supera el citado porcentaje. Igualmente, en la atribución de «concertación de operaciones de crédito» se ha anotado que el Pleno sí puede delegar la competencia cuando su importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, aunque no es posible la delegación si supera el citado porcentaje y en el caso del art.158.5 de la LHL. En la atribución de «establecimiento o modificación de precios públicos» el Pleno puede delegar en la Comisión de Gobierno. (2) En la atribución que el Pleno puede delegar se exceptúan las materias que exijan el quórum del art. 47.3 de la LRBRL.

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO 15. POSIBILIDADES DE DELEGACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DEL ALCALDE Y DEL PLENO DESPUÉS DE LAS «MEDIDAS PARA EL DESARROLLO DEL GOBIERNO LOCAL»
(Legislación del Estado modificada en abril de 1999)

Atribuciones	Posibilidad de delegación de las atribuciones del alcalde y del pleno(*)					
	Sí		No		Total	
	n.º	%	n.º	%	n.º	%
1. Nombramiento del «entorno ejecutivo»	–	–	4	3,7	4	3,7
2. Control político y seguimiento de la gestión	–	–	3	2,8	3	2,8
3. Presidencia, representación y dirección del ayuntamiento	4	3,7	10	9,3	14	13,1
4. Institucional y símbolos del municipio	–	–	7	6,5	7	6,5
5. Participación en organizaciones supramunicipales	–	–	3	2,8	3	2,8
6. Potestad reglamentaria	–	–	6	5,6	6	5,6
7. Potestad sancionadora	1	0,9	1	0,9	2	1,9
8. Defensa jurídica de la corporación	3	2,8	7	6,5	10	9,3
9. Ordenación y gestión económico-financiera	9	8,4	6	5,6	15	14,0
10. Contratación	5	4,7	1	0,9	6	5,6
11. Administración y gestión de patrimonio	6	5,6	4	3,7	10	9,3
12. Planificación y gestión de recursos humanos	8	7,5	7	6,5	15	14,0
13. Servicios públicos y ejercicio de actividades económicas	3	2,8	4	3,7	7	6,5
14. Urbanismo	3	2,8	2	1,9	5	4,7
TOTAL	42	39,3	65	60,7	107	100,0

(*) Están incluidas las atribuciones en las que hay concurrencia del alcalde y del Pleno. Para los órganos destinatarios de las delegaciones y las excepciones nos remitimos a los dos cuadros anteriores.

Fuente: Elaboración propia.

En resumen, del total de las 106 competencias orgánico-funcionales consideradas, el reparto es el siguiente: el 49,1% corresponden al Pleno y el 44,3% al alcalde, aunque en el 3,8% del total de competencias existe concurrencia entre el alcalde y el Pleno, ya que dependen de los topes de las cuantías económicas en su caso. Las atribuciones individuales de los concejales representan el 1,9%, y el 0,9% respectivamente, las de las comisiones informativas, y las de los grupos políticos, todas ellas referidas a las funciones de «control político y seguimiento de la gestión».

El Pleno no dispondría de competencias sólo en uno de los 14 grupos de atribuciones considerados, las relativas a «presidencia, representación y dirección del ayuntamiento», ya que corresponden al alcalde (el 13,3% del total). Por el contrario, el alcalde no dispondría de competencias, como es obvio, en las de «control político y seguimiento de la gestión», pero tampoco en las relativas a las atribuciones en materia «ins-

titucional y símbolos del municipio», y en las de «participación en organizaciones supramunicipales».

Respecto a los tipos de mayoría requerida en el Pleno para los acuerdos en el ejercicio de sus atribuciones el 51,9% serían adoptados por mayoría simple, y el 48,1% absoluta. Sin embargo, existen algunas excepciones que están recogidas en las notas del cuadro 12 que afectan a atribuciones contenidas en al menos 7 de los 14 grupos de atribuciones.

En cuanto a las posibilidades de delegación de competencias, el alcalde puede delegar el 54,9% de las mismas a los órganos unipersonales y colegiados que integran el *entorno ejecutivo*, aunque en algunas materias –como en «urbanismo»– sólo podría delegar en la Comisión de Gobierno. La mayoría de competencias que podría delegar (el 15,7% del total de las que dispone) corresponden a la «planificación y gestión de los recursos humanos», mientras que no sería posible la delegación (el 19,6% del total) en las relativas a la «presidencia, representación y dirección del ayuntamiento». En el caso del Pleno sus posibilidades de delegación afectan al 25% del total de sus competencias, que serían atribuidas al alcalde y a la Comisión de Gobierno, en su caso. También existen excepciones en algunas competencias que están recogidas en las notas del cuadro 14. Por último, si consideramos en conjunto las posibilidades de delegación de las competencias del alcalde y del Pleno éstas alcanzarían al 39,3% de las que disponen en total.

3.2 Perfeccionamiento e institucionalización de los instrumentos de control político: la moción de censura y la cuestión de confianza

La segunda modificación a la que hacemos referencia de las contenidas en las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local* es la que tiene relación con los instrumentos de control del Pleno, según los objetivos formulados de fortalecimiento de la democracia local. Un refuerzo que profundiza en la *parlamentarización* local en paralelo al incremento de las funciones ejecutivas del alcalde o presidente (*presidencialista*), de acuerdo con la nueva distribución de competencias entre el Pleno y el presidente de la Corporación (Ley 10/1999 de modificación de la LRBRL). La reforma de la LOREG (L.O. 8/1999, de 21 de abril) va en la dirección de perfeccionar la regulación de la «moción de censura», a la vez que introduce una nueva institución como es la «cuestión de confianza». Ahora bien, estas dos instituciones también están relacionadas con la integración del conflicto; es decir, instrumentos para solucionar las dinámicas de inestabilidad política. Con esta doble regulación se diversifica el control político y su utilización se produce a iniciativa de dos órganos: del alcalde y del Pleno.

La moción de censura es una institución cuya utilización, en principio, tiene una motivación política⁶³, a la articulación de las mayorías y minorías existentes en el Pleno (del sistema de partidos municipal), es una iniciativa de los concejales, que implica la sustitución del alcalde –puesto que es elegido en segundo grado por los concejales– y, en consecuencia, afecta al *entorno ejecutivo local* que es nombrado por el alcalde. La nueva institución de la cuestión de confianza está vinculada con la gestión político-administrativa (a proyectos concretos) del alcalde, de acuerdo con sus atribuciones. La iniciativa de su presentación corresponde al alcalde siempre que el acuerdo correspondiente (proyectos específicos vinculados) haya sido debatido en el Pleno y que éste no hubiera obtenido la mayoría necesaria para su aprobación. La negación de la confianza por el Pleno implica su cese y la elección de un nuevo alcalde mediante el procedimiento establecido en el artículo 196 de la LOREG.

Con la introducción de la cuestión de confianza se diversifican las causas por las que puede ser destituido un alcalde, e introduce un nuevo escenario de inestabilidad política⁶⁴. En la nueva modificación de la LOREG ambas instituciones tienen una regulación específica, con una motivación precisa, la cuestión de confianza, aunque según las circunstancias previstas en la LOREG ambas instituciones aparecen encabalgadas en uno de los varios supuestos y sujetas a limitaciones temporales. Veamos por separado cada una de las instituciones y las consideraciones específicas que rodean a cada una de ellas.

3.2.1 La regulación de la moción de censura

Los avatares de la regulación de la moción de censura en los gobiernos locales puede decirse que es la historia de un despropósito, por diferentes motivos. En primer lugar, destacamos la falta de racionalidad de la decisión política en la ausencia de su regulación inicial. En segundo lugar, no se tienen en cuenta los precedentes históricos de su regulación por la *normalización local* de regímenes políticos precedentes. En tercer

⁶³ La motivación de la moción de censura como instrumento de control político aparece considerada también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS de 21 de marzo de 1995, y en la STS de 16 de febrero de 1998.

⁶⁴ La institución de la «cuestión de confianza» que introduce la L.O. 8/1999 para el alcalde, también se regula para el presidente de diputación provincial y para el presidente de cabildo insular. Como se recoge en el cuadro esta institución ya aparece regulada desde 1983 para el diputado general de las diputaciones forales correspondientes de los territorios históricos del País Vasco (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya). Las diputaciones forales, que realizan funciones de ejecutivo, siguiendo el modelo parlamentario, son responsables ante las juntas generales respectivas.

lugar, la respuesta a las disfunciones registradas en su aplicación ha conllevado a la adopción de medidas incrementales tratando de dar respuesta puntual, de oportunidad política, pero sin precisar una regulación estable; es decir, una precisión técnica que cierre la posibilidad a comportamientos anómalos u obstruccionistas. La evolución de este proceso según los períodos de mandato local desde 1979 a 1999 es la siguiente:

a) Durante el primer período de mandato local, 1979-1983, no existe la posibilidad legal de interponer mociones de censura. La LEL no introduce ninguna técnica de destitución del alcalde, ya que durante la tramitación parlamentaria de esta ley fueron rechazadas sendas enmiendas presentadas: primero en el Congreso por parte del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana; y, después en el Senado por el Grupo Parlamentario de Progresistas y Socialistas Independientes, en las que introducían la destitución del alcalde. No obstante, esta posibilidad de destitución sí se contemplaba para el caso del Presidente de la diputación provincial (art. 34.3), por acuerdo de la corporación, adoptado por las dos terceras partes del número de diputados. Esta ausencia de regulación de la institución de la moción de censura, que tiene una doble función: la de instrumento racionalizador de estabilidad y de integración del conflicto, y como instrumento de control político, no será un obstáculo de hecho para que se plantearan destituciones de alcaldes por parte de los concejales. Puesto que la STC 4/1981, de 2 de febrero, declara la inconstitucionalidad de «cualquier disposición que establece la posibilidad de suspensión o destitución de los miembros de estas corporaciones» por autoridad administrativa alguna.

La ausencia de racionalidad que antes señalábamos no se compadece por su analogía con la regulación para el presidente de la diputación, a la vez que tampoco se regula para el presidente del cabildo insular, cuando se da la circunstancia que tanto el presidente de la diputación como el alcalde son elegidos indirectamente, en segundo grado, mientras que en el caso de cabildos insulares de Canarias es elegido presidente el candidato primero de la lista que hubiere obtenido más votos en la elección de consejeros por la circunscripción correspondiente a toda la isla (artículo 37.4 de la LEL).

Por otro lado, no se tienen en cuenta los precedentes históricos como la contenida en el Estatuto municipal de 1924, de la Dictadura de Primo de Rivera, que establece dos posibilidades: la del artículo 102 que prevé la destitución a través de la votación de los dos tercios de los concejales; y, la del artículo 209 mediante referéndum ciudadano que requiere, bien la petición previa de las tres cuartas partes del número de concejales o el de la vigésima parte de los electores del municipio. Igualmente, en la *normalización local* de la II República, se regula la destitución del alcalde en el artículo 81 de la Ley municipal de 31 de octu-

bre de 1935, de acuerdo con la Base IX de la Ley de bases municipales de 10 de julio de 1935. El procedimiento dependerá si el alcalde es elegido por los concejales o directamente por los electores. En el primer supuesto se requiere la mayoría absoluta de los concejales; y, en el segundo supuesto, por voluntad popular en que así lo acuerde la mitad más uno de los electores. En este último supuesto también en el mismo acto se puede elegir a un sustituto, que antecede a la moción de censura constructiva con candidato alternativo. Igualmente, en la Ley municipal de Cataluña de 14 de agosto de 1933, establece en su artículo 35 la posibilidad de destitución del alcalde por acuerdo de la mayoría absoluta del Consejo Municipal y previa petición de una cuarta parte del número legal de miembros de éste.

b) En el segundo período de mandato local, 1983-1987, precedido por la Ley orgánica 6/1983, de 2 de marzo, de modificación de algunos artículos de la LEL, tampoco se introduce la posibilidad de la moción de censura al alcalde. No obstante, en la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley orgánica volvió a plantearse la posibilidad de regular la institución de la moción de censura al alcalde por acuerdo del Pleno del ayuntamiento, adoptado por las dos terceras partes del número legal de concejales⁶⁵. Por tanto, a pesar de la reiterada ausencia de regulación de la moción de censura no impide que por la dinámica política se produzcan este tipo de destituciones. En este sentido, la laguna legal de destitución del alcalde por el Pleno se llevará a cabo mediante la *construcción jurisprudencial* (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional⁶⁶), ante este tipo de actos desde el período anterior (1979-83).

Una laguna legal que, como antes señalábamos, fue una decisión política, del legislador, que no estuviera regulada para el alcalde, aunque sí para el presidente de la Diputación provincial. La primera resolución jurisprudencial del Tribunal Supremo que admite, de hecho, la moción de censura al alcalde –su destitución por los concejales es la Sentencia de 14 de julio de 1983–, y que en resoluciones posteriores estará fundamentada en la figura de los *Contrarius Actus* (STS de 27 de marzo de 1984 y STS de 10 de octubre de 1984), además de la aplicación analógica del artículo 34.3 de la LEL sobre la destitución del presidente de Diputación.

⁶⁵ El senador del Grupo Parlamentario Mixto, Quiroga Suárez, propuso en la enmienda núm. 8 al proyecto de ley orgánica añadir al artículo 28 de la LEL un apartado 8.º con la citada posibilidad de destitución del alcalde (Trujillo, 1999: 62).

⁶⁶ Las resoluciones del Tribunal Constitucional que anteceden a las interpretaciones de la jurisdicción ordinaria acerca de la destitución del alcalde son: STC 4/1981; STC 5/1983; el Auto 52/1983; y, la STC 30/1983. Véase en Trujillo (1999: 54-58) un comentario al respecto y, además, sobre sentencias de audiencias territoriales previas a la doctrina que sienta el Tribunal Supremo.

Esta doctrina implica la posibilidad de modificar la voluntad inicial (la votación del alcalde por los concejales), y que «ya posteriormente se complementó con el reconocimiento de la posibilidad de quiebra en la confianza, lo cual no es enjuiciable por los tribunales»⁶⁷. Sin embargo, esta admisión de la moción de censura por la vía jurisprudencial sí creaba problemas de laguna legal sobre los requisitos y procedimientos necesarios para su aplicación (Fanlo, 1990).

c) El tercer período de mandato local, 1987-1991, comienza con la plena vigencia de la LOREG promulgada en 1985 que en el artículo 197 regula la posibilidad de interponer la moción de censura al alcalde, pero no al presidente del cabildo insular. La regulación del artículo 197 es la siguiente:

«1. El alcalde puede ser destituido de su cargo mediante moción de censura adoptada por la mayoría absoluta del número legal de concejales. 2. La moción debe ser suscrita al menos por la tercera parte de los concejales e incluir el nombre del candidato propuesto para alcalde, quien quedará proclamado como tal en caso de prosperar la moción. Ningún concejal puede suscribir durante su mandato más de una moción de censura. 3. A los efectos previstos en el presente artículo todos los concejales pueden ser candidatos.»

Sin embargo, la regulación tal como está planteada técnicamente facilitaría toda una serie de comportamientos obstruccionistas, a la vez que para complementar algunas cuestiones procedimentales se remite al Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre)⁶⁸.

d) El cuarto período de mandato local, 1991-1995, también está precedido por la modificación del artículo 197 de la LOREG que regula la moción de censura al alcalde, mediante la Ley orgánica 8/1991, de 13 de marzo. Una modificación aprovechada para introducir también la posibilidad de destitución de los presidentes de los cabildos insulares de Canarias (artículo 201.7). Sobre el particular ya consideramos en otro momento las cuestiones siguientes:

«Las intenciones de reforma del procedimiento de la moción de censura están contempladas en las dos proposiciones de ley presentadas en octubre de 1990 para modificar algunos artículos de la LOREG. La primera, firmada conjuntamente por los GG.PP. Socialista del Congreso,

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, F., *Mociones de Censura Municipales*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1999, pág. 10.

⁶⁸ Por ejemplo, en la citada Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, también se regulan en los artículos 110 y 111 algunos aspectos procedimentales de la moción de censura contenidos en el ROF.

Catalán (CiU), CDS, Vasco (PNV) y el diputado del Grupo Mixto, Sr. Mardones Sevilla (AIC); y, la segunda por el G.P. Popular. El texto aprobado finalmente, en la Ley orgánica 8/1991, de 13 de marzo, de modificación de la LOREG (artículo único, punto 63), sólo presenta dos modificaciones al artículo 197:

■ la moción de censura debe ser suscrita por la mayoría absoluta de los concejales (en vez de 'al menos por la tercera parte'). Por lo que amplía el número de concejales necesarios para interponer la moción, refuerza el consenso y exige una mayoría cualificada para interponer la misma.

■ Que la moción debe ser discutida y votada, en el plazo de 15 días desde su presentación, en un Pleno convocado al efecto.

La redacción de la modificación del artículo 197 es idéntica en las dos proposiciones citadas, excepto al final del punto 2. donde el G.P. Popular dice que 'ningún concejal puede suscribir durante su mandato más de dos mociones de censura'; mientras que la que encabeza el G.P. Socialista mantiene que sólo puede suscribirse una vez como ya figura en el texto de la LOREG» (Márquez, 1992: 165).

Esta modificación de la LOREG tampoco resolverá corregir no sólo los comportamientos políticos que se pretenden atemperar, ni tampoco una nueva medida de carácter técnico o procedimental. Por ejemplo, la limitación de que un concejal sólo pueda suscribir una moción de censura durante un período de mandato –para impedir reiterar el número de mociones- no impide que puedan producirse dimisiones voluntarias después de ejercitar esa posibilidad y, por tanto, que los nuevos concejales hagan también uso de este instrumento de control.

Las sentencias del Tribunal Supremo, de las audiencias territoriales, y de los tribunales superiores de Justicia de las comunidades autónomas nos arrojan todo un prontuario de comportamientos y problemáticas en torno a la destitución del alcalde, antes y después de la regulación de la moción de censura. Para ello nos remitimos a la bibliografía tanto desde la ciencia política y de la administración⁶⁹, como desde el derecho público⁷⁰, que han analizado y sistematizado las resoluciones jurisprudenciales. En el cuadro 16 recogemos la distribución del número de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, las audiencias territoriales y los tribunales superiores de Justicia de las comunidades autónomas, que

⁶⁹ Márquez (1992, 1994), y Magre y Martínez-Alonso (1999).

⁷⁰ De entre la abundante bibliografía al respecto citamos sólo un estudio más reciente de Trujillo (1999). En este estudio, además de analizar las mociones de censura al alcalde, están las referentes a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, así como en entidades locales diferentes del municipio: presidente de diputación provincial, y cabildo insular canario, consejo insular balear, instituciones forales vascas, de ámbito territorial inferior al municipal, comarcas y entidades que agrupen a municipios, áreas metropolitanas, y mancomunidades de municipios.

muestra el alcance cuantitativo de la conflictividad derivada de la destitución del alcalde por los concejales (períodos 1979-1983 y 1983-1987), y la posterior regulación de la moción de censura (LOREG, y su aplicación a partir del período 1987-1991).

CUADRO 16. SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO, LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES, Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE DESTITUCIÓN DE ALCALDES Y RELACIONADAS CON MOCIONES DE CENSURA (1979-1999)

Períodos de mandato local	Sentencias del Tribunal Supremo		Sentencias de las audiencias territoriales y de los tribunales superiores de Justicia de las CC.AA.		Total de sentencias dictadas	
	n.º	%	n.º	%	n.º	%
1979-1983	-	-	1	0,4	1	0,4
1983-1987	37	14,0	96	36,4	133	50,4
1987-1991	34	12,9	37	14,0	71	26,9
1991-1995	8	3,0	15	5,7	23	8,7
1995-1999	13	4,9	23	8,7	36	13,6
TOTAL	92	34,8	172	65,2	264	100,0

(*) Las sentencias están ubicadas en el período de mandato local en el que fueron dictadas, aunque se refieran a casos de un período precedente.

Fuente: Elaboración propia, a partir de las sentencias citadas por Trujillo (1999: 297:304).

La primera resolución jurisdiccional sobre la destitución del alcalde por los concejales es la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 6 de mayo de 1983, y en el caso del Tribunal Supremo es la de 14 de julio de 1983. La última resolución recogida en el cuadro citado es la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1999, un día después de celebrarse las sextas elecciones locales⁷¹. Prácticamente la mitad de las resoluciones jurisdiccionales dictadas (50,8%) corresponden a los períodos de mandato local en los que no está regulada la moción de censura al alcalde y, el resto, a partir de su regulación (LOREG) y modificación posterior (LO 8/1991). De las 172 sentencias dictadas por las audiencias y tribunales superiores de Justicia de las CC.AA. –que representan el 65,2% del total–, el 29,2% fueron en las audiencias territoriales de Granada, Málaga y Sevilla, y por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía; el 9% en Galicia; el 5,4% en Canarias; y, el 3,2% en Cataluña.

⁷¹ Agradecemos al profesor Trujillo la clarificación de las sentencias recogidas en el cuadro 16, así como la actualización de las resoluciones jurisdiccionales dictadas al respecto.

e) Durante el quinto período de mandato local, 1995-1999, es cuando se va a promover la reforma de la LOREG, en el marco citado de las *Medidas*, perfeccionando la regulación de la moción de censura y su relación con una nueva institución de control vinculada con la gestión político-administrativa, la «cuestión de confianza». Igualmente, se regula por primera vez en la LOREG la moción de censura en los municipios en régimen de concejo abierto (art. 197.4), aunque en comunidades autónomas como Castilla-La Mancha⁷², La Rioja⁷³, Cantabria⁷⁴ y Castilla y León⁷⁵ ya habían regulado con anterioridad esta institución en esos municipios. La casuística obstruccionista que se desprende al respecto de la jurisprudencia sobre la moción de censura, no deja de aportar evidencias empíricas para solucionar una regulación efectiva; es decir, de eficaz utilización como institución de control político.

La nueva redacción del artículo 197 va en la dirección de otorgar mayores garantías y automatismo al procedimiento⁷⁶, con la particularidad de que incorpora al secretario de la corporación de manera activa en la tramitación de la moción de censura:

«1.b) El escrito en el que se proponga la moción de censura deberá incluir las firmas debidamente autenticadas por notario o por el secretario general de la corporación y deberá presentarse ante éste por cualquiera de sus firmantes. El secretario general comprobará que la moción de censura reúne los requisitos exigidos en este artículo y extenderá en el mismo acto la correspondiente diligencia acreditativa⁷⁷.

⁷² La Ley 3/1991, de 14 de marzo, por la que se regula el régimen de las entidades locales en Castilla-La Mancha, establece en el artículo 61.2 la moción de censura en los municipios en régimen de concejo abierto.

⁷³ La Ley 3/1993, de 22 de septiembre, de régimen local de La Rioja, regula en el artículo 36.3 la moción de censura en los municipios en régimen de concejo abierto.

⁷⁴ La Ley 6/1994, de 19 de mayo, reguladora de las entidades locales menores de Cantabria, introduce en el artículo 18 la institución de la moción de censura en municipios administrados por juntas vecinales o concejos abiertos.

⁷⁵ La Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León, regula en el artículo 75 la moción de censura en los municipios en régimen de concejo abierto.

⁷⁶ Por ejemplo, en el artículo 111 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, ya establecía una previsión al respecto: «1. Si el presidente de la corporación no convoca el pleno dentro del plazo establecido por el artículo 95.a) o por el 110.1.b), los miembros de la corporación que hubieran firmado la petición de convocatoria de sesión extraordinaria o que hubieran presentado la moción de censura podrán poner este hecho en conocimiento del Departamento de Gobernación. 2. El Consejero de Gobernación, después de examinar la petición y comprobar el incumplimiento del plazo legal, requerirá al presidente para que convoque inmediatamente al Pleno.»

⁷⁷ No hay que olvidar, por ejemplo, otro tipo de prácticas en otro sentido pero que evoca la regulación efectuada, como es la *renuncia en blanco* que a veces ha sido

c) El documento así diligenciado se presentará en el registro general de la corporación por cualquiera de los firmantes de la moción, quedando el Pleno automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de su registro. El secretario de la corporación deberá remitir notificación indicativa de tal circunstancia a todos los miembros de la misma en el plazo máximo de un día, a contar desde la presentación del documento en el registro, a los efectos de su asistencia a la sesión, especificando la fecha y hora de la misma.»

Igualmente, la «neutralidad» de la presidencia de la sesión queda garantizada por una mesa de edad, a la vez que impide comportamientos obstruccionistas y de recusación como se han producido en algunos casos⁷⁸:

«1.d) El Pleno será presidido por una mesa de edad, integrada por los concejales de mayor y menor edad de los presentes, excluidos el alcalde y el candidato a la Alcaldía, actuando como secretario el que lo sea de la corporación, quien acreditará tal circunstancia.

e) La mesa se limitará a dar lectura a la moción de censura, a conceder la palabra durante un tiempo breve, si estuvieren presentes, al candidato a la Alcaldía, al alcalde y a los portavoces de los grupos municipales, y a someter a votación la moción de censura» (...)

«5. El alcalde, en el ejercicio de sus competencias, está obligado a impedir cualquier acto que perturbe, obstaculice o impida el derecho de los miembros de la corporación a asistir a la sesión plenaria en que se vote la moción de censura y a ejercer su derecho al voto en la misma. En especial, no son de aplicación a la moción de censura las causas de abstención y recusación previstas en la legislación de procedimiento administrativo.»

También la nueva regulación impide comportamientos que eviten la suspensión de la tramitación y votación de una moción de censura en el caso de la dimisión sobrevenida del alcalde⁷⁹. Una práctica que conduciría a una nueva elección de alcalde según el artículo 196 de la LOREG, con la consiguiente inestabilidad que se podría producir.

utilizado por los partidos políticos como instrumento de control sobre los cargos electos –parlamentarios sobre todo–, para proceder a una revocación del mandato. Una práctica que ha obligado a extremar, por ejemplo, en los reglamentos parlamentarios el procedimiento de renuncia del parlamentario (Márquez, 1992).

⁷⁸ Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, se pueden citar las STS de 13 de mayo de 1986, y la de 7 de noviembre de 1997.

⁷⁹ Se trata de la enmienda (núm. 16) aceptada que presentó el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A. núm. 132-8, 9 de diciembre de 1998, pág. 24). Sobre esta circunstancia se puede ver al efecto, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997.

Sin embargo, a pesar de que la nueva regulación de la moción de censura está en la dirección de prevenir y solventar comportamientos detectados por la práctica y la jurisprudencia, no quiere decir que pueda haber intersticios que desemboquen en nuevas prácticas de obstrucción a la práctica de la moción de censura. En concreto, sobre la regulación del secretario de la corporación en el procedimiento, De Julián (1999: 49-50), señala algunas cuestiones no reguladas en la modificación que pueden inducir a confusión. En primer lugar, «la presentación de una moción de censura sin reunir alguno o algunos de los requisitos exigidos». Este autor propone como solución «dar un plazo de subsanación», en la línea de una medida similar del Tribunal Supremo (STS de 12 de febrero de 1990)⁸⁰. En segundo lugar, de acuerdo con la contingencia anterior, alude a la fecha para la celebración de la moción de censura que sería computable a partir de tener subsanados alguno o algunos de los requisitos necesarios.

También Magre y Martínez-Alonso (1999) han señalado dos cuestiones: la primera, hace referencia a cuando se cuestione la votación de la moción de censura en razón de negar la validez del consentimiento prestado (por ejemplo, forzada por coacciones, o viciada por otras causas como el cohecho); y, la segunda, incide sobre la previsión de la Ley 8/1987, municipal y de régimen local de Cataluña, que prohíbe presentar una moción de censura una vez publicada en el BOE o en el DOGC una convocatoria electoral⁸¹.

Por último, realizamos una referencia empírica a las interposiciones de mociones de censura en España, de los períodos de mandato local de 1987-1991 a 1995-1999. Habitualmente la moción de censura, debido a

⁸⁰ Se trataba de la apelación de la Sentencia de la Sala de Santa Cruz de Tenerife (8 de junio de 1989), sobre el rechazo de la convocatoria del alcalde del Ayuntamiento de Guía de Isora (Santa Cruz de Tenerife) para debatir la moción de censura interpuesta. La sentencia apelada dice lo siguiente: «la negativa del alcalde no tiene un adecuado fundamento, pues si le surgió alguna duda acerca de la identidad de los 10 firmantes y de si éstos eran miembros de la corporación tenía en sus manos la posibilidad de desvelarlas, mediante información del secretario máxime si, como consta en el expediente, los interesados en la moción se presentaron a la presencia de éste para autenticar sus firmas, resultando, por otra parte incongruente que tales dudas les surgieran acerca de todos ellos, pues si fue sobre uno o dos esto era intrascendente, al bastar que admitiese como ciertas seis para que tuviese que tramitar la moción, ya que, según el art. 197.2.º de la Ley orgánica 5/85, ésta deberá presentarse por 1/3 de los concejales, que en una corporación de 17 lo es aquella cifra.»

⁸¹ Según Magre y Martínez-Alonso (1999, nota 29), «el tema ya se planteó en las elecciones locales de junio de 1999 (Ayuntamiento de Badalona). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Auto de 4 de junio de 1999 (anexo 1), acordó mantener la suspensión de la moción de censura propuesta ya una vez vigente la modificación de la LOREG.»

su motivación de carácter político aparece asociada a los procesos de inestabilidad política, que con esta institución produce el cambio de alcalde y, en consecuencia, del *entorno ejecutivo local*. No obstante, durante el transcurso de un período de mandato local se pueden producir cambios de alcalde, con sus repercusiones en el citado *entorno ejecutivo*, que no está relacionado con la moción de censura. En todo caso son contingencias que pueden motivar estos cambios: a) renuncia o dimisión voluntaria; b) por sentencia judicial; c) por fallecimiento; y, d) por renuncias o dimisiones vinculadas a la inestabilidad que a veces se produce para eludir someterse a una moción de censura, como antes indicábamos, o bien en los casos de gobiernos locales de coalición en los que se pacta rotar la Alcaldía entre los partidos coaligados. Esto significa que la nueva elección de alcalde, en estos supuestos, sería reconducida por el artículo 196 de la LOREG.

Sin embargo, desde el punto de vista político la problemática de la utilización de la moción de censura no ha venido de la dinámica derivada de una inestabilidad política o en los supuestos de gobiernos locales en minoría, quiebras de coaliciones minoritarios o mínimas vencedoras, que han utilizado esta institución para recomponer nuevas mayorías mediante un gobierno de coalición, sino cuando se han producido comportamientos de transfuguismo (una relación que comentamos más adelante). Sobre todo aquéllos que implican la ruptura de gobiernos locales homogéneos mayoritarios, o en los que implícitamente han mediado conductas relacionadas con la corrupción política.

En el cuadro 17 sintetizamos las instituciones de control político reguladas que implican el cese/destitución de los presidentes de los órganos ejecutivos de las entidades territoriales locales de acuerdo con los períodos de mandato local desde 1979. Igualmente, en el cuadro 18 recogemos las causas de cambio de alcalde por comunidades autónomas, entre 1991-1995 y 1995-1999. En el cuadro 19 registramos las mociones de censura interpuestas entre 1987-1991 y 1995-1999, y la proporción que representan sobre el total de municipios y sobre el total de cada comunidad autónoma; y, en el cuadro 20, la distribución de las mociones de censura interpuestas según los tipos de circunscripciones electorales locales (Márquez, 1999b). En el cuadro 21 presentamos las mociones de censura según el año en que fueron interpuestas durante los tres períodos de mandato local considerados. Finalmente, en el cuadro 22 reseñamos las mociones de censura interpuestas a los presidentes de las diputaciones provinciales, cabildos insulares de Canarias y consejos insulares de Baleares.

En resumen, desde el punto de vista cuantitativo la proporción de mociones de censura registradas en los tres períodos de mandato ha ido decreciendo, y supone el 2,2% del total de municipios del estado en

CUADRO 17. REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL POLÍTICO QUE IMPLICAN EL CESE / DESTITUCIÓN DE LOS PRESIDENTES DE LOS ÓRGANOS EJECUTIVOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES LOCALES DE ACUERDO CON LOS PERÍODOS DE MANDATO LOCAL DESDE 1979

Instituciones de control	MUNICIPIOS	PROVINCIAS	ISLAS	ISLAS	TERRITORIOS HISTÓRICOS DEL PAÍS VASCO		
	Alcalde-presidente	Presidente de diputación de régimen común	Presidente de cabildo insular (Canarias)	Presidente de consejo insular (Baleares) (**)	Diputado general de Álava (***)	Diputado general de Guipúzcoa (***)	Diputado general de Vizcaya (***)
1979-1983	No	LEL, 1978	No	No	No	No	No
1983-1987	No (*)	LEL, 1978 (LO 6/1983)	No	No	NFOITHA, 1983	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NFOJGDFV, 1983/ NFRGATHV, 1984
1987-1991	LOREG, 1985	LOREG, 1985	No	LOREG, 1985	NFOITHA, 1983	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NF 3/1987
1991-1995	LOREG (LO 8 /1991)	LOREG (LO 8 /1991)	LOREG (LO 8 /1991)	LOREG (LO 8 /1991)	NF 52/1992	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NF 3/1987
1995-1999	LOREG (LO 8 /1991)	LOREG (LO 8 /1991)	LOREG (LO 8 /1991)	LOREG (LO 8 /1991)	NF 52/1992	NFOITHG, 1983 NF 3/1984	NF 3/1987
1999-2003	LOREG NF 3/1987	LOREG (LO 8/1999)	LOREG (LO 8/1999)	LOREG (LO 8/1999)	NF 52/1992 LCI 8/2000	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NF 3/1987
Cuestión de Confianza							
1979-1983	No	No	No	No	No	No	No
1983-1987	No	No	No	No	NFOITHA, 1983	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NFOJGDFV, 1983/ NFRGATHV, 1984
1987-1991	No	No	No	No	NFOITHA, 1983	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NF 3/1987
1991-1995	No	No	No	No	NF 52/1992	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NF 3/1987
1995-1999	No	No	No	No	NF 52/1992	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NF 3/1987
1999-2003	LOREG (LO 8/1999)	LOREG (LO 8/1999)	LOREG (LO 8/1999)	LOREG (LO 8/1999) LCI 8/2000	NF 3/1987	NFOITHG, 1983/ NF 3/1984	NF 52/1992

Legislación: LEL= Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales. LO 6/1983 = Ley orgánica 6/1983, de 2 de marzo, de modificación de la LEL. LOREG= la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. LCI = Ley 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares. NFOITHA= Norma foral de 7 de marzo de 1983, de organización institucional del territorio histórico de Álava. NF 52/1992= Norma foral 52/1992, de 18 de diciembre, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de la Diputación Foral de Álava. NFOITHG= Norma foral de 26 de febrero de 1983, de organización institucional del territorio histórico de Guipúzcoa. NF 3/1984= Norma foral 3/1984, de 30 de mayo, sobre gobierno y administración del territorio histórico de Guipúzcoa. NFOJGDFV= Norma foral de 5 de enero de 1983, de organización de las juntas generales y Diputación Foral de Vizcaya. NFRGATHV= Norma foral de 1 y 2 de marzo de 1984 de régimen de gobierno y administración del territorio histórico de Vizcaya. NF 3/1987= Norma foral 3/1987, de 13 de febrero, sobre elección, organización, régimen y funcionamiento de las instituciones forales del territorio histórico de Vizcaya. (*) Aunque no está regulada en la LEL la moción de censura al alcalde, las destituciones que se producen y que son recurridas ante el Tribunal Supremo son admitidas mediante el principio de *contrarius actus* (STS de 27 de marzo de 1984 y STS de 10 de octubre de 1984). (**) En los consejos insulares de Baleares, de acuerdo con la interpretación del artículo 41.3 de la LRBR, la interposición de la moción de censura y más adelante de la cuestión de confianza, se aplica la regulación prevista en la LOREG para el presidente de Diputación provincial. Los reglamentos orgánicos de cada consejo Insular han regulado la moción de censura; Mallorca (ROCIMA, 2 de mayo de 1998); Menorca (ROCIME, 28 de enero de 1988); e, Ibiza-Formentera (ROCIIF, 14 de diciembre de 1985). Igualmente, la LCI 8/2000 remite a la LOREG, y establece unos supuestos para la cuestión de confianza. (***) La moción de censura y la cuestión de confianza están reguladas en cada uno de los territorios históricos en las normas forales citadas y, además, en los reglamentos de funcionamiento de las respectivas juntas generales. Igualmente, está prevista en las citadas normas forales la responsabilidad política de cada diputado foral.

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO 18. CAUSAS DEL CAMBIO DE ALCALDE EN ESPAÑA POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS PERIODOS DE MANDATO LOCAL DE 1991-95 Y 1995-99

Comunidades autónomas	Municipios en		Fallecimiento				Renuncia o dimisión				Sentencia judicial				Moción de censura				Total				
	1991	1995	1991-1995		1995-1999		1991-1995		1995-1999		1991-1995		1995-1999		1991-1995		1995-1999		1991-1995		1995-1999		
	n.º	n.º	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	n.º	%	
ANDALUCÍA	767	769	7	0,9	3	0,4	58	7,6	52	6,8	2	0,3	2	0,3	17	2,2	17	2,2	84	11,0	74	9,6	
ARAGÓN	729	729	6	0,8	4	0,5	18	2,5	16	2,2	-	-	-	-	5	0,7	3	0,4	29	4,0	23	3,2	
ASTURIAS	78	78	1	1,3	1	1,3	1	1,3	-	-	-	-	-	-	1	1,3	3	3,8	3	3,8	4	5,1	
BALEARES	67	67	2	3,0	-	-	7	10,4	10	14,9	-	-	-	-	3	4,5	1	1,5	12	17,9	11	16,4	
CANARIAS	87	87	1	1,1	-	-	10	11,5	8	9,2	2	2,3	-	-	10	11,5	3	3,4	23	26,4	11	12,6	
CANTABRIA	102	102	4	3,9	1	1,0	8	7,8	4	3,9	-	-	1	1,0	3	2,9	3	2,9	15	14,7	9	8,8	
CASTILLA Y LEÓN	2.248	2.248	20	0,9	17	0,8	113	5,0	66	2,9	2	0,1	1	0,04	33	1,5	16	0,7	168	7,5	100	4,4	
CASTILLA-LA MANCHA	915	915	8	0,9	4	0,4	43	4,7	35	3,8	1	0,1	-	-	9	1,0	9	1,0	61	6,7	48	5,2	
CATALUÑA	942	944	7	0,7	3	0,3	52	5,5	44	4,7	2	0,2	1	0,1	18	1,9	12	1,3	79	8,4	60	6,4	
EXTREMADURA	380	382	3	0,8	1	0,3	24	6,3	12	3,1	1	0,3	-	-	3	0,8	2	0,5	31	8,2	15	3,9	
GALICIA	313	314	-	-	3	1,0	13	4,2	7	2,2	2	0,6	3	1,0	14	4,5	12	3,8	29	9,3	25	8,0	
MADRID	179	179	1	0,6	-	-	14	7,8	9	5,0	2	1,1	1	0,6	2	1,1	8	4,5	19	10,6	18	10,1	
MURCIA	45	45	-	-	-	-	7	15,6	4	8,9	-	0,0	-	-	-	-	1	2,2	7	15,6	5	11,1	
NAVARRA	267	272	5	1,9	1	0,4	14	5,2	11	4,0	2	0,7	1	0,4	2	0,7	4	1,5	23	8,6	17	6,3	
PAÍS VASCO	247	250	1	0,4	2	0,8	6	2,4	5	2,0	-	-	1	0,4	2	0,8	1	0,4	9	3,6	9	3,6	
LA RIOJA	174	174	1	0,6	-	-	10	5,7	10	5,7	1	0,6	-	-	4	2,3	2	1,1	16	9,2	12	6,9	
C. VALENCIANA	539	540	5	0,9	2	0,4	27	5,0	25	4,6	2	0,4	1	0,2	7	1,3	14	2,6	41	7,6	42	7,8	
CEUTA	1	1	-	-	-	-	-	-	1	100,0	1	100,0	-	-	-	-	-	-	1	100,0	1	100,0	
MELILLA	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	100,0	-	-	-	-	1	100,0
TOTAL	8.081	8.097	72	0,9	42	0,5	425	5,3	319	3,9	20	0,2	12	0,1	133	1,6	112	1,4	650	8,0	485	6,0	

(*) Los porcentajes de cada una de las causas de cambio de alcalde están referidos al total de municipios de cada comunidad autónoma, según el periodo de mandato local.

Fuente: Elaboración propia a partir de Márquez (1999b: 325).

CUADRO 19. MOCIONES DE CENSURA LOCAL EN ESPAÑA POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS PERÍODOS DE MANDATO LOCAL DE 1987-91, 1991-95 Y 1995-99

Comunidades autónomas	1987-1991 (*)				1991-1995					1995-1999				
	Total municipios		Mociones de censura		Total municipios	Mociones de censura		Mociones presentadas no debatidas	Total municipios		Mociones de censura		Mociones presentadas no debatidas	
	n.º	n.º	% sobre el total	% sobre total de municipios		n.º	n.º		% sobre el total	% sobre total de municipios	n.º	n.º		% sobre el total
ANDALUCÍA	765	17 (18)	9,6	2,2	767	17	12,8	2,2	(2)	769	17	15,2	2,2	-
ARAGÓN	728	6	3,4	0,8	729	5	3,8	0,7	-	729	3	2,7	0,4	-
ASTURIAS	78	1	0,6	1,3	78	1	0,8	1,3	-	78	3	2,7	3,8	-
BALEARES	66	5	2,8	7,6	67	3	2,3	4,5	-	67	1	0,9	1,5	-
CANARIAS	87	5	2,8	5,7	87	10	7,5	11,5	(1)	87	3	2,7	3,4	-
CANTABRIA	102	6	3,4	5,9	102	3	2,3	2,9	-	102	3	2,7	2,9	-
CASTILLA Y LEÓN	2.248	47	26,4	2,1	2.248	33	24,8	1,5	-	2.248	16	14,3	0,7	-
CASTILLA-LA MANCHA	915	25	14,0	2,7	915	9	6,8	1,0	(1)	915	9	8,0	1,0	-
CATALUÑA	940	16 (17)	9,0	1,7	942	18	13,5	1,9	-	944	12	10,7	1,3	-
EXTREMADURA	380	10	5,6	2,6	380	3	2,3	0,8	(2)	382	2	1,8	0,5	-
GALICIA	312	14	7,9	4,5	313	14	10,5	4,5	(1)	314	12	10,7	3,8	-
MADRID	178	6	3,4	3,4	179	2	1,5	1,1	(2)	179	8	7,1	4,5	(2)
MURCIA	45	1	0,6	2,2	45	-	-	-	-	45	1	0,9	2,2	-
NAVARRA	265	-	-	-	267	2	1,5	0,7	-	272	4	3,6	1,5	-
PAÍS VASCO	241	1 (2)	0,6	0,4	247	2	1,5	0,8	-	250	1	0,9	0,4	-
LA RIOJA	174	1	0,6	0,6	174	4	3,0	2,3	-	174	2	1,8	1,1	-
C. VALENCIANA	537	17	9,6	3,2	539	7	5,3	1,3	(1)	540	14	12,5	2,6	-
CEUTA	1	-	-	-	1	-	-	-	-	1	-	-	-	-
MELILLA	1	-	-	-	1	-	-	-	-	1	1	0,9	100,0	-
TOTAL	8.063	178 (181)	100,0	2,2	8.081	133	100,0	1,6	(10)	8.097	112	100,0	1,4	(2)

(*) Entre paréntesis: Figuras en números total de mociones de censura por CC. AA. - censuradas en tres municipios se interpretaron dos mociones de censura en el periodo de mandato local 1987-1991

CUADRO 20. MOCIONES DE CENSURA LOCAL EN ESPAÑA POR TIPOS DE CIRCUNSCRIPCIONES Y TAMAÑO DE POBLACIÓN EN LOS PERÍODOS DE MANDATO LOCAL DE 1987-91, 1991-95 y 1995-99

Tipos de circunscripciones locales/Tamaño de población	Número de concejales a elegir	Padrón municipal 1996 (*)				1987-1991 (**)			1991-1995			1995-1999		
		Municipios		Población		Mociones de censura			Mociones de censura			Mociones de censura		
		n.º	%	n.º	%	n.º	%	% sobre municipios	n.º	%	% sobre municipios	n.º	%	% sobre municipios
TIPO I	-	(851)	(10,5)	(52.709)	(0,1)	(-)	(-)	(-)	(1)	(0,8)	(0,1)	(1)	(0,9)	(0,1)
Hasta 99	1	851	10,5	52.709	0,1	-	-	-	1	0,8	0,1	1	0,9	0,1
TIPO II	-	(1.591)	(19,6)	(264.763)	(0,7)	(13)	(7,3)	(0,5)	(9)	(6,8)	(0,4)	(8)	(7,1)	(0,4)
100-250	5	1591	19,6	264.763	0,7	(13)	7,3	0,5	9	6,8	0,4	8	7,1	0,4
TIPO III	-	(4.509)	(55,7)	(5.848.202)	(14,7)	(107)	(60,1)	(1,3)	(79)	(59,4)	(4,6)	(73)	(65,2)	(5,0)
251-1.000	7	2.461	30,4	1.274.743	3,2	42	23,6	1,0	29	21,8	0,9	26	23,2	0,9
1.001-2.000	9	1.028	12,7	1.444.239	3,6	28	15,7	1,5	23	17,3	1,7	21	18,8	1,8
2.001-5.000	11	1.020	12,6	3.129.220	7,9	37	20,8	2,0	27	20,3	2,0	26	23,2	2,3
TIPO IV	-	(853)	(10,5)	(8.124.523)	(20,5)	(41)	(23,0)	(2,7)	(32)	(24,1)	(5,6)	(19)	(17,0)	(4,1)
5.001-10.000	13	528	6,5	3.599.227	9,1	27	15,2	2,9	20	15,0	2,8	11	9,8	1,9
10.001-20.000	17	325	4,0	4.525.296	11,4	14	7,9	2,4	12	9,0	2,8	8	7,1	2,2
TIPO V	-	(178)	(2,2)	(5.195.495)	(13,1)	(6)	(3,4)	(1,9)	(8)	(6,0)	(3,4)	(7)	(6,3)	(3,5)
20.001-50.000	21	178	2,2	5.195.495	13,1	6	3,4	1,9	8	6,0	3,4	7	6,3	3,5
TIPO VI	-	(115)	(1,4)	(20.183.702)	(50,9)	(11)	(6,2)	(5,4)	(4)	(3,0)	(5,2)	(4)	(3,6)	(6,0)
50.001-100.000	25	60	0,7	3.982.633	10,0	4	2,2	3,7	2	1,5	2,5	4	3,6	6,0
Más de 100.000	25+1/>100.000	55	0,7	16.201.069	40,8	7	3,9	7,2	2	1,5	2,7	-	-	-
TOTAL		(8.097)	(100,0)	(39.669.394)	(100,0)	(178)	(100,0)	(2,2)	(133)	(100,0)	(1,6)	(112)	(100,0)	(1,4)

(*) Se ha tomado como referencia de total de municipios y población para el periodo analizado la rectificación del Padrón municipal a 1 de mayo de 1996. (**) En el periodo de mandato local 1987-1991 el total de mociones de censura son 181, en tres municipios se interpusieron dos mociones de censura durante el periodo citado.

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO 21. CRONOLOGÍA DE LA INTERPOSICIÓN DE LAS MOCIONES DE CENSURA LOCAL EN LOS PERÍODOS DE MANDATO LOCAL DE 1987-91, 1991-95 Y 1995-99

año	Períodos de mandato local							
	1987-1991		1991-1995			1995-1999		
	n.º	%	año	n.º	%	año	n.º	%
1987	8	4,4	1991	15	11,3	1995	8	7,1
1988	55	30,4	1992	67	50,4	1996	42	37,5
1989	68	37,6	1993	33	24,8	1997	43	38,4
1990	44	24,3	1994	17	12,8	1998	18	16,1
1991	6	3,3	1995	1	0,8	1999	1	0,9
TOTAL MOCIONES	181	100,0		133	100,0		112	100,0
TOTAL MUNICIPIOS	(8.063)	(2,2)		(8.081)	(1,6)		(8.097)	(1,4)

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO 22. MOCIONES DE CENSURA INTERPUESTAS EN LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES, CABILDOS INSULARES DE CANARIAS Y CONSEJOS INSULARES DE BALEARES EN LOS PERÍODOS DE MANDATO LOCAL DE 1987, 1991 Y 1995

Entidades provinciales e insulares	Períodos de mandato local		
	1987-1991	1991-1995	1995-1999
	año	año	año
Diputación provincial de Ávila	-	1993	-
Diputación provincial de A Coruña	1988	-	-
Diputación provincial de Salamanca	1989	-	1997
Diputación provincial de Valladolid	-	1993	-
Diputación provincial de Zamora	-	-	1997
Cabildo Insular de El Hierro	-	1991	-
Cabildo Insular de Fuerteventura	-	-	1995
Cabildo Insular de Gran Canaria	-	1991	-
Cabildo Insular de La Palma	-	1993	1996
Cabildo Insular de Lanzarote	-	1994	1997
Consejo Insular de Menorca	-	1993	-
TOTAL DE MOCIONES DE CENSURA	2	7	5
% SOBRE EL TOTAL DE ENTIDADES	(4,2%)	(14,6%)	(10,4%)
PROVINCIALES E INSULARES (*)	(48)	(48)	(48)

(*) En total son 38 diputaciones provinciales de régimen común, 7 cabildos insulares de Canarias y 3 consejos insulares de Baleares.

Fuente: Elaboración propia.

1987-1991, el 1,6% en 1991-1995, y el 1,4% en 1995-1999. Por comunidades autónomas la mayor proporción de mociones en 1987-91 respecto al total de municipios correspondiente, se registró en Baleares (7,6%), mientras que el mayor número correspondió a Castilla y León (el 26,4% del total de las mociones presentadas en el Estado). En 1991-1995 la Comunidad Autónoma con una mayor proporción de mociones fue Canarias (11,5 % del total de sus municipios), y respecto al total de las presentadas en el Estado el mayor número correspondió también a Castilla y León (24,8%). En el último período de mandato local, 1995-1999, la Comunidad de Madrid registra la mayor proporción de mociones (4,5%), aunque es en Andalucía donde se concentran el mayor número de las presentadas en el conjunto del Estado (15,2%).

También hay que señalar que en el período 1987-1991 se presentaron sólo en tres municipios del total del Estado dos veces una moción de censura. El número de mociones de censura presentadas pero no debatidas entre 1991-1995, según los datos consultados fueron diez, y sólo dos entre 1995-1999.

Respecto a las mociones de censura presentadas según los tipos de circunscripciones electorales locales hay que señalar que en todos los períodos, entre 1987-1991 y 1995-1999, el mayor número está registrado en municipios entre 251 y 5.000 habitantes (entre el 59% y 65%), mientras que la incidencia sobre el número de municipios por cada tipo, los mayores registros (5% y 6%) de los de más de 50.000 habitantes.

El momento en que se presentan las mociones de censura varía entre los diferentes períodos por causas que no vamos a señalar aquí (Márquez, 1994, 1999b), pero la mayoría se concentran sobre todo en los dos primeros años de mandato local.

Por último, las mociones de censura presentadas en entes provinciales e insulares, destacar que su número ha sido menor en las diputaciones, las afectadas han sido cinco, con la particularidad que en la Diputación Provincial de Salamanca se presentaron dos mociones en dos períodos de mandato, en 1989 y en 1997. Sin embargo, la mayor incidencia se ha producido en los cabildos insulares de Canarias, a partir de la modificación de la LOREG en 1991 que reguló por primera vez la moción de censura en estos entes, incrementándose la proporción de mociones del 4,2% en 1987-1991, al 14,6% en 1991-1995, para descender al 10,4% en 1995-1999.

3.2.1 La regulación de la cuestión de confianza.

La novedad significativa que se introduce en la modificación de la LOREG es la incorporación de una nueva figura: la cuestión de confianza (artículo 197 bis). Una regulación que complementa los citados mecanismo de control y de pesos y contrapesos (*cheks and balances*), entre el alcalde y el Pleno, vinculada con algunos supuestos relacionados con la gestión político-administrativa, en el marco de las atribuciones del alcalde. El contenido de la regulación de la nueva institución, así como sus efectos benéficos para la gestión de los ayuntamientos, las diputaciones provinciales y cabildos insulares, queda expresada en la exposición de motivos de la L.O. 8/1999 que modifica la LOREG de la manera siguiente:

«2.a La introducción de la cuestión de confianza vinculada a proyectos concretos, como son la aprobación de los presupuestos de la corporación, del reglamento orgánico, de las ordenanzas fiscales y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal. Se trataría con ello de dotar a los ayuntamientos de un instrumento que permita superar las situaciones de rigidez o de bloqueo en el proceso de tomas de decisiones en las materias señaladas, que tienen la máxima trascendencia en el desarrollo del gobierno municipal. Las diferencias establecidas en función de la población de los municipios obedecen al distinto sistema de elección previsto en ambos casos. Asimismo, se prevé la posibilidad de aplicar la cuestión de confianza por parte de los presidentes de las diputaciones y cabildos insulares, en los dos primeros supuestos antes indicados, así como en la aprobación de los planes de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal y en los planes de ordenación de ámbito insular.»

Esta nueva institución en los gobiernos locales, según recuerda el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de ley (11 de junio de 1998), no está relacionada con la regulación de la cuestión de confianza en el artículo 112 de la Constitución de 1978 (que se refiere al programa del Gobierno o una declaración política general), sino en la línea del artículo 49.3 de la Constitución francesa de 1958 y del artículo 6 de la Ley 51/1977, de 14 de noviembre, sobre regulación provisional de las relaciones entre las Cortes y el Gobierno a efectos de la moción de censura y de la cuestión de confianza. Señala el Consejo de Estado que «se vincula, por lo tanto, el otorgamiento de la confianza a la aprobación de una norma (o un acto) jurídicamente eficaz»⁸².

En la tramitación parlamentaria la previsión contenida en el Proyecto

⁸² Los dictámenes del Consejo de Estado emitidos a los anteproyectos de ley contenidos en las *Medidas*, están recogidos en Arenilla y Canales (1999: 544-589).

del Gobierno sobre la cuestión de confianza quedaría parcialmente alterada, a la vez que los grupos parlamentarios de la oposición, IU y PSOE, mantendrían posiciones críticas respecto a esta figura. Izquierda Unida abogaba por la supresión del nuevo artículo 197 bis, aunque después se abstuvo en la votación a la totalidad del Proyecto de modificación de la LOREG. Por el contrario, el PSOE mantuvo dos posiciones diferentes en el Congreso y en el Senado. En el Congreso el PSOE votó a favor de la modificación de la LOREG, en la medida que fueron aceptadas parcialmente por el G.P. Popular las enmiendas presentadas, mediante la propuesta de una transaccional, en la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas, mientras que se abstuvo después en el Senado. En el Senado el G.P. Socialista presentó un conjunto de enmiendas para modificar la regulación de la cuestión de confianza contemplada en el texto remitido por el Congreso. La postura central se centraba en equiparar la vinculación de la confianza al presupuesto anual de la entidad local con el resto de los supuestos contemplados («el reglamento orgánico, las ordenanzas fiscales, y la aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal»), y no la que finalmente sería aprobada:

«Artículo 197 bis. 5. La previsión contenida en el número anterior no será aplicable cuando la cuestión de confianza se vincule a la aprobación o modificación de los presupuestos anuales. En este caso se entenderá otorgada la confianza y aprobado el proyecto si en el plazo de un mes desde que se votara el rechazo de la cuestión de confianza no se presenta una moción de censura con candidato alternativo a alcalde, o si ésta no prospera. A estos efectos, no rige la limitación establecida en el apartado 2 del artículo anterior.»

El senador, Sr. Pérez García, del Grupo Parlamentario Socialista, justificaba su posición diciendo que «nosotros hemos intentado ligar la cuestión de confianza a la aprobación de los presupuestos, sin lo cual es prácticamente imposible gobernar una entidad local (...), pero, además, reconduzcamos la cuestión de confianza al sentido constructivo y positivo que tiene la moción de censura en nuestro ordenamiento jurídico: sino, vamos a consagrar un auténtico premio a la inestabilidad»⁸³.

En definitiva, la regulación de la cuestión de confianza presenta dos modelos en cuanto a las políticas públicas con las que se vincula y las consecuencias de la pérdida de la confianza: el primer modelo tiene un alcance limitado porque se vincula a la aprobación de tres tipos de normas o actos administrativos (reglamento orgánico, ordenanzas fiscales, y la aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de

⁸³ Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión del Pleno, VI Legislatura, núm. 125, 25 de marzo de 1999, pág. 5.906.

planeamiento), y que la pérdida de confianza implica el cese del alcalde y una nueva elección del mismo mediante la vía del artículo 196 de la LOREG (con las especialidades contenidas en el artículo 197bis.4.a); y, el segundo modelo tiene un alcance general porque está vinculado a la aprobación de los presupuestos anuales –a la concreción en definitiva del programa de gobierno–, y que la pérdida de la confianza puede desembocar o no en una moción de censura constructiva (artículos 197 y 197bis de la LOREG).

La regulación de la cuestión de confianza no deja de ser positiva en la medida que con la nueva institución se amplían los instrumentos de control que inciden en la estabilidad política y en la gobernabilidad local; es decir, en la capacidad de gobierno concretada en la formulación de políticas públicas y en la resolución de problemas. La moción de censura quedaría relacionada con la recomposición de la quiebra de la estabilidad política (la articulación de mayorías de gobierno); mientras que la cuestión de confianza se vincula a unos supuestos concretos relacionados con la gestión político-administrativa, además del presupuesto como expresión del programa de gobierno. Con la particularidad que de los supuestos contemplados objeto de la vinculación de la cuestión de confianza, sólo los presupuestos tienen una regularidad anual⁸⁴, mientras que el resto pueden estar sujetos a la contingencia de su necesidad en circunstancias puntuales. Sin olvidar las limitaciones que establece la LOREG para la utilización de la cuestión de confianza durante un período de mandato local: «Cada alcalde no podrá plantear más de una cuestión de confianza en cada año, contado desde el inicio de su mandato, ni más de dos durante la duración total del mismo. No se podrá plantear una cuestión de confianza en el último año de mandato de cada corporación» (artículo 197bis.6). Pero la dinámica política local será la que determinará si la regulación efectuada es eficaz y técnicamente acertada, puesto que también se produce un encabalgamiento con la utilización de la moción de censura al margen de los dos modelos de cuestión de confianza (artículo 197bis.8 de la LOREG)⁸⁵.

⁸⁴ Véase al efecto las consideraciones que realiza Rodríguez Álvarez (1999a: 179-180) sobre el procedimiento de tramitación de los presupuestos prevista en la Ley de haciendas locales. De Julián (1999: 53) señala por otro lado, que el rechazo inicial al presupuesto de la entidad «se traduzca en aceptación si no se presenta una moción de censura en el plazo de un mes, o si se presenta la misma es rechazada; esta solución pugna con el principio de seguridad jurídica».

⁸⁵ El artículo 197bis.8. de la LOREG dice lo siguiente: «Los concejales que votasen a favor de la aprobación de un asunto al que se hubiese vinculado una cuestión de confianza no podrán firmar una moción de censura contra el alcalde que lo hubies planteado hasta que transcurra un plazo de seis meses contado a partir de la fecha de votación del mismo. Asimismo, durante el indicado plazo, tampoco dichos concejales

La utilización por parte del alcalde de la cuestión de confianza queda, de hecho, limitada de manera efectiva a los tres primeros años de los cuatro que comprende un período de mandato local. En resumen, el rendimiento o la utilización de la cuestión de confianza, en sus dos modelos, está por descubrir, sobre todo en cuanto a su utilización por alcaldes que presidan un gobierno local de distinto tipo: homogéneos con mayoría absoluta; homogéneos en minoría; o de coalición según las diferentes tipologías (mínima vencedora, minoritaria, o sobredimensionada)⁸⁶.

4. El transfuguismo y la inestabilidad política local: *el código de conducta política*

Los procesos de movilidad política son consustanciales con la propia dinámica política y, en consecuencia, también con un tipo específico de la citada movilidad como es el transfuguismo, la deslealtad política (Márquez, 1992). La motivación de los comportamientos de transfuguismo son, sin duda, complejos. Entre los mismos, podemos destacar aquéllos derivados de las relaciones intrapartidarias, de los conflictos entre cargos electos y la disciplina orgánica. Unas relaciones que en el escenario político local, por su extensión, plantean problemas a la hora de articular la autonomía de los electos y la disciplina respecto a las directrices emanadas por los órganos de dirección partidarias, según los diferentes niveles de organización territoriales (local, provincial/comarcal, autonómica, nacional/estatal). Cuando no hay procedimientos intrapartidarios adecuados de integración del conflicto, las sanciones disciplinarias que conducen a las expulsiones definitivas del partido dejan a los cargos electos fuera de la organización y, por lo tanto, queda preservada

podrán emitir un voto contrario al asunto al que se hubiese vinculado la cuestión de confianza, siempre que sea sometido a votación en los mismos términos que en tal ocasión. Caso de emitir dicho voto contrario, éste será considerado nulo».

⁸⁶ En el Ayuntamiento de A Guarda (Pontevedra) tenemos un ejemplo de la aplicación de la regulación de la cuestión de confianza. Después de las elecciones locales de junio de 1999 una coalición poselectoral entre PSOE, BNG e IU eligió como alcalde al candidato del PSOE que formó un Gobierno local con los partidos coaligados. Las discrepancias en el seno del Gobierno de coalición, en particular de IU, sobre los presupuestos municipales, forzó al alcalde socialista que presentase una cuestión de confianza, que fue derrotada por mayoría con los votos de PP e IU. Dentro de los plazos previstos por la LOREG el PP e IU presentaron una moción de censura, que fue votada el 13 de julio de 2000, en la que resultó elegido alcalde el candidato del PP y la formación de un nuevo gobierno local de coalición entre PP e IU.

su autonomía en cuanto cargo electo pero deja al partido sin representación en la institución correspondiente. Una suspensión de militancia en un partido de un cargo electo puede afectar a su participación orgánica, pero la expulsión implica una decisión unilateral de la organización –de acuerdo con su tipología reglamentaria de faltas–, que afecta por un lado, a la propia representación del partido pero, por otro, al electorado que ha elegido listas de candidatos cerradas y bloqueadas como sucede en las elecciones locales.

En la tramitación parlamentaria de la LEL de 1978 se introdujo un artículo, el 11.7, que si bien trataba de preservar la representación obtenida por una candidatura en caso de abandono voluntario de la misma del cargo electo, sin embargo, la ambigua redacción dejó abierta la posibilidad a que un partido utilizara una suerte de revocación derivado –según los casos–, de conflictos disciplinarios. El citado artículo dice así:

«Tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato.»

De esta manera se regulaba la previsión que este tipo de comportamientos podría tener en las corporaciones locales, aunque no respecto a otros cargos representativos. Teniendo en cuenta que el sistema electoral local en los municipios de más de 250 habitantes es de escrutinio proporcional y de listas cerradas y bloqueadas, como el de la elección del Congreso de los Diputados y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. En otros ordenamientos constitucionales, por ejemplo, en Portugal, el mandato parlamentario o local se pierde si después de la elección se inscribe en un partido distinto por el cual resultó elegido, teniendo en cuenta las situaciones excepcionales de la disolución de una formación y de los independientes elegidos como tales en listas de partido. Una regulación que intenta resolver la armonización de la prohibición constitucional del mandato imperativo y la lealtad política al electorado que eligió a un candidato en una lista determinada y a la formación que representa. Se trata de introducir reglas sin que los principios constitucionales alienten dinámicas disfuncionales para las instituciones representativas y la lealtad política, y que la libre disposición del mandato no sea un principio ilimitado e inconsecuente con la funcionalidad institucional y la lealtad política (Márquez, 1992: 105-107).

Sin embargo, la previsión contenida en la preconstitucional LEL tuvo poca fortuna, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 11.7 de la LEL por la STC 5/1983, en la interpretación del uso de la revocación de partido; es decir, la expulsión del partido y, por con-

siguiente, la interpretación de esta expulsión de la organización como causa de baja en la corporación y la devolución del mandato al partido, al siguiente en la lista. La doctrina que sienta el Tribunal Constitucional a partir de la citada sentencia –de acuerdo con el artículo 23.2 de la Constitución–, es que la titularidad del escaño corresponde a los representantes, y no a las formaciones políticas en cuyas listas electorales han sido elegidos.

A partir de este momento los comportamientos de transfuguismo han quedado, se puede decir, de facto legalizados; es decir, no existe ninguna regulación al efecto, a pesar de la jurisprudencia constitucional posterior reincidente sobre estos comportamientos. Porque no hay que olvidar, que a pesar de la imprecisión del citado artículo 11.7, el núcleo central del mismo, la baja voluntaria en un partido («si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que le presentó»), no ha sido objeto de pronunciamiento constitucional. Así lo reitera el propio Tribunal en varias sentencias: «Sobre el supuesto de abandono voluntario del partido y sus eventuales consecuencias respecto del cargo representativo no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional» (STC 5/1993, STC 28/1994 y STC 31/1993). Ahora bien, la posibilidad que dejaba abierta el Tribunal Constitucional para la regulación legislativa del supuesto citado, parece que lo cierra con la STC 185/1993, al referirse al abandono voluntario de un grupo parlamentario o municipal, al señalar que «es evidente que la Constitución española protege a los representantes que optan por abandonar un determinado grupo político y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo.»

En consecuencia, el margen de maniobra normativa para amortiguar los efectos del transfuguismo político que, en su caso, se pueden derivar, parece que tiene que ajustarse de manera precisa para estar dentro del marco constitucional existente. Las posibilidades que se atisban parece que quedan limitadas a dos vías: introducir desincentivos al transfuguismo con medidas parecidas a un aislamiento institucional del tránsito, o apelar al compromiso de los partidos políticos, a la ética pública, para rechazar los eventuales apoyos que puedan llevar a cabo los tránsfugas. En este sentido se inscribe el *Acuerdo sobre el Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales*, suscrito el 7 de julio de 1998 el ministro de Administraciones Públicas y los representantes de trece formaciones políticas –anteriormente citadas–, en el marco del conjunto de las *Medidas para el desarrollo del Gobierno local*.

Las recomendaciones limitativas que propone el *Acuerdo* se centran en las de carácter político y en las reformas de los reglamentos orgánicos de las corporaciones locales para introducir medidas tendentes a desincentivar comportamientos de deslealtad política:

«2º. Los partidos políticos que suscriben los acuerdos se comprometen a rechazar y no admitir en su grupo político a un concejal integrado en la candidatura de otra formación, mientras mantenga el cargo conseguido en su partido original. Asimismo se comprometen a impedir la utilización de tránsfugas para constituir, mantener o cambiar las mayorías de Gobierno de las instituciones públicas, a no apoyar ninguna iniciativa que provenga de los mismos, y a desincentivar el transfuguismo político a través de la adopción de medidas disuasorias de carácter económico, reglamentario y protocolario.

3º. En cuanto a los criterios para establecer procedimientos reglados que dificultan el transfuguismo, los partidos firmantes propiciarán las reformas reglamentarias en las corporaciones locales donde ostenten representación, con la finalidad de aislar a los concejales tránsfugas. Los nuevos reglamentos establecerán que los concejales que abandonen los partidos o agrupaciones en cuyas candidaturas resultaron elegidos no pasen al grupo mixto, sino que se organicen a partir de la creación de la figura de los 'no inscritos' o del 'concejal independiente', con la creación, en su caso, del correspondiente grupo de 'no inscritos', y actúen en la corporación de forma aislada, sin que puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales puestos a disposición de los grupos políticos de la corporación.»

Como ejemplo de la traslación legislativa para desincentivar el transfuguismo se encuentran en dos leyes autonómicas al regular los grupos políticos municipales: en primer lugar, la Ley de Administración local de Galicia de 1997⁸⁷, que es anterior al referido *Acuerdo*, y, en segundo lugar, está la Ley de Administración local de Aragón de 1999⁸⁸, que es posterior, y que introduce alguna de las recomendaciones señaladas. También se puede señalar otros ejemplos: el Reglamento orgánico del Consell Insular de Mallorca, de 2 de junio de 1998, asigna la condición de consejero 'no adscrito' a los que abandonen un grupo político, a la vez que prohíbe la incorporación de otro grupo o la posibilidad de constituir un grupo mixto⁸⁹; y, el Reglamento orgánico de la Diputación pro-

⁸⁷ El artículo 74.5 de la citada ley dice: «Durante el mandato de la corporación, ningún miembro de la misma podrá integrarse en un grupo distinto de aquél en que lo haga inicialmente.»

⁸⁸ El artículo 111.5 de la citada ley señala que: «Los miembros de las corporaciones locales que no se integren en un grupo en el plazo señalado o que dejen de pertenecer a su grupo de origen pasarán automáticamente a tener la condición de miembros no adscritos. 6. El miembro de la corporación que deje de pertenecer a su grupo de origen perderá el puesto que ocupare en las comisiones para las que hubiere sido designado por dicho grupo, así como la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva.»

⁸⁹ En el artículo 15.1 del Reglamento del Consell insular de Mallorca dice: «Una vez constituidos los grupos, aquellas consejeras, o consejeros, que se separen del

vincial de Zaragoza, de 14 de enero de 2000, que regula de una manera similar al anterior la condición del diputado provincial «no adscrito»⁹⁰.

Ahora bien, la utilización del criterio de lista o candidatura electoral para la formación de los grupos políticos municipales puede presentar, al menos, algunas incertidumbres, por ejemplo, en los casos de las listas integradas por coaliciones de partidos preelectorales o por «independientes en listas de partido». En el primer caso, se pueden producir discrepancias entre los partidos coaligados después de las elecciones a la hora de integrar o de permanecer en un solo grupo político⁹¹; y, en el segundo, la no pertenencia orgánica a un partido del mandato con carácter independiente puede plantear un problema de disciplina en casos de conflicto que desemboque en su separación del grupo político. Igualmente, siguen latentes las situaciones de conflicto entre mandato local y el partido –como señalábamos anteriormente– que desemboquen en sanciones disciplinarias que conduzcan, por ejemplo, a la expulsión del partido. Una cuestión que en la dinámica política plantea problemas en el mantenimiento de la cohesión de los grupos políticos, y que la posible separación del mismo por esta circunstancia de naturaleza disciplinaria con la organización partidaria plantea también sus reservas como un comportamiento asimilado al de transfuguismo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que corresponde a los concejales la titularidad del derecho a participar en un órgano interno de funcionamiento del ayuntamiento (STC 36/1990, STC 30/1993, y STC 183/1995) y, en particular, en los grupos políticos municipales. También sobre el ejercicio de los derechos de participación que tienen los representantes (artículo 23.3 de la Cons-

grupo al que estaban adscritos tendrán la condición de miembros no adscritos y no podrán formar parte de ningún otro grupo ni constituir grupo mixto». Igualmente, en el artículo 15.4 se establece que «los consejeros o consejeras no adscritos no podrán recibir ningún otro tipo de percepción económica que las previstas en el artículo 10 de este reglamento».

⁹⁰ El artículo 11 del Reglamento orgánico de la Diputación provincial de Zaragoza regula la condición de los miembros «no adscritos», en el supuesto de «los diputados que no se integren en un grupo antes del primer Pleno ordinario de la Diputación o que dejen de pertenecer a su grupo de origen pasarán automáticamente a tener la condición de miembro no adscritos». Entre las penalizaciones establecidas a esta condición se señalan las siguientes: la prohibición de ejercer sus funciones en régimen de dedicación exclusiva (artículo 5.1); y, no les aplica lo establecido en el artículo 15 acerca de la provisión de medios materiales y económicos para desempeñar sus funciones. No obstante, si tienen el derecho de formar parte, como mínimo de una comisión informativa (artículo 11.3).

⁹¹ En la reciente historia parlamentaria, a partir de 1977, tenemos ejemplos tanto en el Congreso de los Diputados como en las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, de rupturas de coaliciones de partidos preelectorales que integraron inicialmente un mismo grupo parlamentarios (Márquez, 1992).

titución), la STC 32/1985 señala que el legislador no puede «regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que vacíe de contenido la función que ha de desempeñar o se les estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros». En el artículo 7 de la Carta europea de la autonomía local se señala que «el Estatuto de los representantes locales debe asegurar el libre ejercicio de su mandato».

En todo caso, a pesar de los interrogantes que puede plantear la traslación jurídica del *Acuerdo sobre el Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales*, puesto que no se contempla la pérdida del mandato por comportamientos de transfuguismo sino de restricciones al desempeño del mismo, una suerte de penalización. Sobre el *Acuerdo*, Vanaclocha (1999: 227) destaca que es una iniciativa que «intenta recuperar en cierto sentido los valores consociativos. Su objeto es responder a la *necesidad* de articular fórmulas de regulación política de problemas para los cuales es insuficiente la regulación jurídica». No obstante, en el punto cuarto del *Acuerdo* se expresa un compromiso a tenor de la puerta abierta que dejan las sentencias del Tribunal Constitucional citadas anteriormente, para regular las bajas voluntarias en un partido de un mandato local pero que tendría que encajar, en su caso, con la STC 185/1993 antes referida⁹². El compromiso dice así:

«4º. Los partidos políticos firmantes se comprometen a estudiar y, en su caso, presentar, antes de finalizar el próximo período de sesiones, una iniciativa legislativa de reforma de la Ley orgánica del régimen electoral general, para regular el supuesto de titularidad del cargo cuando el representante electo abandone voluntariamente el partido político.»

Las bondades que se pueden desprender, en términos generales, del *Acuerdo* está por determinar, no sólo en las previsiones normativas que se puede hacer en su caso, sino en el uso por parte de los partidos políticos de las recomendaciones acordadas. Sobre éste último comportamiento no cabe duda que se enmarca dentro de la incertidumbre de la dinámica política⁹³. No obstante, sí podemos señalar un ejemplo de las consecuencias jurídicas derivadas en un municipio de Madrid que

⁹² Véase al respecto a PRESNO LINERA, M.A., *Los partidos políticos en el sistema constitucional español. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1980-1999*, Madrid, Aranzadi, 2000, págs. 55-60.

⁹³ La puesta a prueba del *Código de conducta política* se produjo a los pocos días de su firma, al producirse mociones de censura propiciadas por tráfugas. En concreto, en el municipio salmantino de Cepeda, de poco más de 500 habitantes, una concejal tráfuga del PP fue apoyada por los concejales del PSOE para destituir a la alcaldesa del PP (*El Mundo*, 14 de julio de 1998).

adoptó por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación adherirse al *Acuerdo sobre el Código de conducta política*, actuando en consecuencia sobre un concejal transfuga al excluirlo del Grupo Político Municipal Mixto e, incluso, de las comisiones informativas. El Auto dictado por un Juzgado de Instrucción de Madrid, ante la querrela presentada por el concejal transfuga, señala entre otras consideraciones que: «los hechos objeto de la querrela no revisten los caracteres del delito de prevaricación, ya que el acuerdo referente a la formación de los grupos políticos es consecuencia del punto anterior aprobado por el Pleno, por el que se vinculaban al *Acuerdo* y por tanto a lo previsto en el mismo para el supuesto concreto.»⁹⁴ En este Auto judicial se deja sentado que su carácter de «no inscrito» en un grupo político municipal –en este caso el mixto- y su exclusión de las comisiones informativas, no implica que pueda obtener las informaciones necesarias y que participe en la toma de decisiones y que vote como cualquier concejal puesto que las mismas se adoptan en el Pleno y no en las comisiones informativas⁹⁵.

Por último, también hay que destacar que no todos los comportamientos de transfuguismo –como uno de los supuestos de la movilidad política– se vinculan necesariamente con procesos de inestabilidad política local que desembocan en mociones de censura, aunque sí es cierto que esta relación se produce empíricamente de diversas maneras. En investigaciones anteriores ya planteamos una propuesta metodológica y unas tipologías de acuerdo con un modelo elaborado para el análisis de la inestabilidad política local, con los ejemplos correspondientes. En síntesis, las tipologías propuestas para el análisis empírico de la moción de censura local son las siguientes:

«Tipología 1.- Autocensura de la mayoría o de la coalición.

■ Subtipología 1.a): Autocensura de cambio, cuando la mayoría que sustenta la alcaldía decide el cambio de alcalde sólo con los apoyos de la propia mayoría. La acción se enmarca en la resolución del conflicto entre el alcalde y la mayoría de gobierno.

■ Subtipología 1.b): Autocensura de protección o de rotación, cuando se utiliza la moción por la mayoría que sustenta la alcaldía para bloquear cualquier posibilidad de moción alternativa durante el período de mandato local; o bien, en caso de coalición, facilita la sustitución de alcalde por otro miembro de la misma que no sea cabeza de lista.

⁹⁴ El Auto fue dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Colmenar Viejo (Madrid).

⁹⁵ Para un comentario más extenso véase a FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, M., «El pacto contra el transfuguismo aplicado a un auto judicial», en *Cuadernos de Administración Local* (Boletín de Información Técnica de la FEMP), núm. 48, junio 2000, pág. 12.

Tipología 2.- Censura por ruptura de la mayoría.

■ Subtipología 2.a): Censura por ruptura de la mayoría por comportamiento de movilidad política y potencial de chantaje, pero la coalición resultante mantiene en la alcaldía a un miembro que procede de la mayoría escindida.

■ Subtipología 2.b): Censura por ruptura de la mayoría por comportamiento de movilidad política, pero la coalición resultante no mantiene en la alcaldía a ningún miembro que proceda de la mayoría escindida.

Tipología 3.- Censura por quiebra de la coalición.

■ Subtipología 3.a): Censura por quiebra de la coalición, cuando cesan los apoyos a un alcalde en minoría y se desplazan hacia otra formación.

■ Subtipología 3.b): Censura por quiebra de la coalición por movilidad política, cuando cesan los apoyos a un alcalde en minoría y se desplazan hacia otro candidato y, a su vez, median comportamientos de movilidad política» (Márquez, 1994: 288-289).

En definitiva, se puede decir que existe transfuguismo y transfuguis-mos; es decir, una variada pluralidad de motivaciones, comportamientos y efectos, que están relacionados también con el contexto sociopolítico en el que se producen, de la dinámica política a la postre. Si puede resultar problemática la regulación legislativa de la pérdida del mandato a consecuencia del abandono voluntario del partido o lista por la que resultó elegido un mandato local –en principio, por las interpretaciones jurisprudenciales señaladas–, más aún conseguir que los partidos políticos se autolimiten, porque al mismo tiempo son los perjudicados pero también los beneficiarios⁹⁶. 

⁹⁶ En el último periodo de mandato local (1999-2003), entre julio de 1999 y septiembre de 2000 se han interpuesto 54 mociones de censura, de las que 15 fueron impulsadas o apoyadas por tráfugas. Los partidos beneficiados por los tráfugas fueron: en cinco casos el PP; en otros cinco el PSOE; en dos CiU; en uno CC-CDS; y, en otros dos, agrupaciones electorales de independientes (*La Voz de Galicia*, 25 de septiembre de 2000).

Bibliografía

- ALBA TERCEDOR, C.R. y VANACLOCHA BELIVER, F.J. (Eds.) (1997), *El sistema político local: un nuevo escenario de gobierno*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE.
- ARENILLA SÁEZ, M. y CANALES ALIENDE, M. (Coord.) (1999), *Gobierno y Pacto Local*, Madrid, MAP/MP/BOE.
- ARGULLOL MURCADAS, E. (1991), «La Administración de las comunidades autónomas», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, Tomo IV, págs. 3.449-3.478.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A.; ALLUE BUIZA, A., y GONZÁLEZ DEL TESO, T. (2000), *El Pacto Local de 1999. Medidas para el desarrollo del gobierno local*, Granada, Comares.
- CANALES ALIENDE, J.M. (1995), «Reflexiones sobre la situación y la problemática actual del Gobierno y de la Administración de las grandes ciudades», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 265, enero-marzo, págs. 9-32.
- CAPO, J. (1991), «Elecciones municipales, pero no locales», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 56, octubre-diciembre, págs. 143-164.
- (1994), «Oposición y minorías en las legislaturas socialistas», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 66, abril-junio, págs. 91-113.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.^a T. (1993), *La provincia en el sistema autonómico español*, Madrid, Marcial Pons/Universidade de Santiago de Compostela.
- CARRILLO BARROSO, E. (1989), «La nacionalización de la política local», en *Política y Sociedad*, núm. 3, págs. 29-46.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (1996), «Autoorganización autonómica y entidades locales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 270, abril-junio, págs. 305-325.
- (1998), «El debate sobre la autonomía municipal», en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, septiembre-diciembre, págs. 59-95.
- CASTELLS ARTECHE, J.M. (1991), «Balance de la normativa de las Comunidades autónomas sobre régimen local», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 30, págs. 23-41.
- DE JULIÁN CAÑADA, E. (1999), «La moción de censura y cuestión de confianza en la Administración local», en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 30, junio, págs. 45-53.
- DROR, Y. (1994), *La capacidad de gobernar. Informe al Club de Roma*, Barcelona, Círculo de Lectores.
- FANLO LORAS, A. (1990), *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid, CEC.
- FONT I LLOVET, T. (Dir.) (1992), *Informe sobre el Gobierno local*, Madrid, MAP-Fundació Carlos Pi i Sunyer-d'Estudis Autonòmics i Locals.
- FONT I LLOVET, T. (1995), «El Gobierno local entre el Estado autonómico y la Unión Europea: hacia el pacto local», en *Autonomies*, núm. 20, diciembre, págs. 103-119.
- GARCÍA MORILLO, J. (1998), *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, Diputació de Barcelona/Marcial Pons.
- LLISET BORRELL, F. (1985), *Manual de Derecho Local*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos.
- MAGRE FERRÁN, J. (1995), *Les mocions de censura a l'alcalde a Catalunya (1979-1994)*, Barcelona, ICPS.
- MAGRE FERRÁN, J. y MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (1999), «Reflexiones sobre la moción de censura al alcalde: evolución, comportamientos», en *IV Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración*, Granada, 30 de septiembre-2 de octubre (mimeografiado).

- MAP/FEMP/INAP (1999), *El pacto local. Medidas para el desarrollo del Gobierno local*, Madrid, MAP.
- MARCOS OYARZUN, F.J. (2000), *Nuevo escenario de poderes en la Administración local municipal*, Elcano, Aranzadi.
- MÁRQUEZ CRUZ, G. (1992), *Movilidad política y lealtad partidista en Andalucía (1973-1991)*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas.
- (1994), «Bases para el estudio de la inestabilidad política en los Gobiernos locales», *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 86, octubre-diciembre, págs. 261-311.
- (1995), *O Gobierno local en España: procesos de transición e normalización política*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia: Escola Galega de Administración Pública.
- (1997a), «Transición y normalización del sistema político local en España», en ALBA TERCEDOR, C.R. y VANACLOCHA BELLVER, F.J. (Eds.), *El sistema político local: un nuevo escenario de gobierno*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, págs. 141-204.
- (1997b), «El sistema político local en España: de las Cortes de Cádiz a la Restauración (1810-1923)», en FERNÁNDEZ PRIETO, L.; NÚÑEZ XEIXAS, X. M.; ARTIAGA REGO, A. y BALBOA, X. (Coord.), *Poder local, elites e cambio social na Galicia non urbana (1874-1936)*, Santiago de Compostela, Parlamento de Galicia/Universidade: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, págs. 29-140.
- (1999a), «Las élites políticas locales en España», en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 28, abril, págs. 25-81.
- (1999b), «Veinte años de democracia local en España: elecciones, producción de gobierno, moción de censura y élite política (1979-1999)», en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 106, octubre-diciembre, págs. 289-334.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1982), «Las corporaciones locales en el Anteproyecto de Constitución», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 213, págs. 9 y ss.
- MIR i BAGO, J. (1991), *El sistema español de competencias locales*, Madrid, Marcial Pons.
- (1991b), *La reforma del régimen local a Catalunya*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- MORATA, F. (Ed.) (1992), *El Govern local, Anuari 1991*, Barcelona, PPU/UAB.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1993), «La Carta europea de la autonomía local y el ordenamiento local español», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 259, julio-septiembre, págs. 475-497.
- PAREJO ALFONSO, L. (1981), *Garantía Institucional y Autonomías locales*, Madrid, IEAL.
- (1984), «Relaciones interadministrativas y régimen local», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 40-41, enero-marzo, págs. 195-230.
- (1995), «La Ley básica de régimen local a los diez años de su vigencia», en *Sistema* núm. 126, págs. 5-17.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M. (1996), *La Carta europea de la autonomía local. Su significado en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, Bayer.
- (1999a), *La reforma del régimen local de 1999*, Barcelona, Bayer.
- (1999b), «La articulación del Pacto Local desde el Estado», en Arenilla Sáez, M. y Canales Aliende, M. (Coord.), *Gobierno y Pacto Local*, Madrid, MAP/MP/BOE, págs. 225-239.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1990), *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, Civitas.
- TRUJILLO PÉREZ, A.J. (1999), *La moción de censura en las entidades locales*, Madrid, Civitas.
- VANACLOCHA BELLVER, F.J. (1997), «Identidades de los gobiernos locales y reforma electoral», en Alba TERCEDOR, C. R. y VANACLOCHA BELLVER, F. J. (Eds.), *El sistema político local: un nuevo escenario de gobierno*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, págs. 275-299.

- (1999), «Los fenómenos de transfuguismo en la nueva política local», en VV. AA., *El desarrollo del Gobierno local (una aproximación doctrinal)*, Madrid, INAP/MAP, págs. 199-236.
- VELASCO MURÍAS, L.F. (1999), «La necesidad de un Pacto Local en España: Génesis, desarrollo y contenido», en Arenilla Sáez, M. y Canales Aliende, M. (Coord.), *Gobierno y Pacto Local*, Madrid, MAP/MP/BOE, págs. 203-223.



**NOTAS E
COMENTARIOS**

ESTUDIO DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DEL 17 DE SEPTIEMBRE, DE FIRMA ELECTRÓNICA

Javier Cremades García
Abogado

Introducción

La firma en la teoría general del derecho

La identidad de una persona es un concepto que no se modifica a lo largo de su vida. El punto de partida de la identificación es el nacimiento, por ello el arranque de la prueba de identificación es la inscripción en el Registro Civil. Para que la persona se diga idéntica ha de mantener su continuidad jurídica, a través de los cambios de estado y de las diversas circunstancias.

Es por esta razón por la que el ordenamiento jurídico vigila la identidad de la persona, requiriendo ciertos requisitos para diversos actos, como puede ser el otorgamiento de testamento. Una de las formas más sencillas para acreditar la identidad de la persona es su firma.

A la hora de contratar es necesaria la identificación de los contratantes, existiendo en nuestro ordenamiento el principio de libertad de forma, pudiéndose perfeccionar los contratos por el mero consentimiento (1258 CCv), siendo éstos obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre y cuando concurren los requisitos necesarios para su validez (1278 CCv). Así, si la voluntad puede declararse mediante gestos o incluso por silencios, ¿cómo no se va a poder manifestar a través del ordenador?

En algunos contratos, es necesaria su documentación, pero el documento no es simplemente una cosa, sino que es una *res signata*, una cosa a la que se le han incorporado unos signos, una grafía, necesitándose en este caso la firma de la persona. Igualmente, si el documento se hace por medios electrónicos, habrá de ir en algunos casos acompañado de una firma que acredite la identidad de la persona. Así, la firma electrónica asegura la identidad de los contenidos expresados en el documento, se demuestra la autoría del documento, resultando clara la imputabilidad al autor del documento.

Un documento en soporte papel, ya sea público o privado, puede ser presentado en juicio como medio de prueba. Para comprobar la identidad del firmante, cabe que se realice la prueba caligráfica por peritos, y se conocerá así la validez de ese documento. De la misma manera, si los documentos en soporte electrónico, van firmados, ha de existir la posibilidad de que sirvan como prueba en juicio y que se pueda probar la identidad del firmante.

Nacimiento del real decreto-ley

Ha sorprendido la rapidez con la que ha surgido en España el Real decreto-ley sobre firma electrónica, teniendo en cuenta que ha aparecido en nuestro ordenamiento con anterioridad a la aprobación de la directiva comunitaria. Es consecuencia de la propuesta conjunta de los ministros de Fomento, Justicia y Energía, con el informe previo del Consejo General del Poder Judicial y de la Agencia de Protección de Datos. Queremos apuntar ahora que no se puede considerar de buena técnica legislativa que haya sido aprobado mediante real decreto-ley, que según el artículo 86 de la Constitución, solamente se podrán dictar en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Cabría preguntarse si es realmente extraordinaria y urgente. En la exposición de motivos se afirma que debe introducirse este medio tecnológico que contribuye al desarrollo de la sociedad de la información. Otro de los motivos que apunta es el deseo de dar a los usuarios elementos de confianza en los sistemas, permitiendo su introducción y su rápida difusión. Es discutible que estos motivos se puedan considerar extraordinarios y urgentes. Sin embargo, debemos destacar que para su convalidación, no ha existido ningún tipo de debate parlamentario, lo cual denota un amplio consenso en esta materia, estando todos los grupos políticos interesados en que nuestro ordenamiento jurídico regule una materia tan novedosa.

Quizá otra razón de esta rapidez podría ser el enorme interés que ha mostrado España en este campo en los últimos años, dando gran impulso a la regulación de la firma electrónica en los foros comunitarios. Hay por tanto una especial predisposición por parte de los sectores pú-

blico y privado para que el uso de esta firma electrónica se implante rápidamente.

Algo que no puede pasar desapercibido es que el real decreto-ley versa sobre la firma electrónica y a lo largo de su desarrollo únicamente menciona la firma digital, sin referirse, por ejemplo, a la firma elaborada por tecnología analógica. Esto se debe a que la elaboración de la firma mediante tecnología digital supone un mayor grado de precisión de la misma, y en cuanto al procedimiento técnico de transmisión, al tratarse básicamente de algoritmos (compuestos de números), es más sencillo su compresión mediante técnicas digitales.

Sociedad de la información/comercio electrónico

La primera cuestión que debemos abordar es el porqué de la firma electrónica. Para ello debemos acudir a un término manido, aunque no por ello falto de actualidad, cual es la sociedad de la información. Es una realidad el hecho de que estamos globalmente relacionados, conectados, habiéndose creado unas virtuales autopistas de la información que tienen un rápido crecimiento, donde el número de usuarios de Internet en España ha aumentado en más de dos millones de personas desde 1996, alcanzando en marzo de 1999, 2.747.000, que representan el 8% de la población española, según datos publicados por la OCDE.

No hay ningún tipo de información al que actualmente no se pueda acceder por medios telemáticos, informáticos o electrónicos. Internet ha hecho posible que tengamos información sobre gran cantidad de productos de diversas empresas desde cualquier punto del mundo con un coste hasta hace pocos años impensable y en un tiempo mínimo.

Es por este motivo por el que un abultado número de empresas y de instituciones han visto en la red una posibilidad inigualable para dar salida a sus productos o servicios. Se ha creado un tipo de comercio a través de la red, el llamado comercio electrónico, que facilita sobremanera las transacciones entre particulares y las relaciones de éstos con las administraciones públicas.

La importancia creciente del comercio electrónico radica en su enorme facturación, con un volumen previsible para 1999 de 14.000 millones de pesetas, siendo un sector con un crecimiento exponencial. La tendencia actual es el incremento de las compras por Internet, debido a que tiene un importante abaratamiento de costes con respecto a la compra por correo y un margen mucho mayor con respecto a las compras realizadas en establecimientos tradicionales; hemos de añadir que, en este último caso, el aminoramiento del factor tiempo juega un papel determinante, ya que las transacciones se realizan con mayor rapidez, puesto que los documentos electrónicos tienen la ventaja de que se puede dis-

poner de ellos de manera casi instantánea y en cualquier cantidad, y la persona que lo recibe puede trabajar sobre él directamente. La firma electrónica permite el desarrollo de una nueva tecnología, esencial para la implantación del comercio electrónico, de una importancia creciente para las PYMES, siendo éstas las que forman el grueso del entramado empresarial español. Una de las consecuencias directas de la aparición del comercio electrónico es que se van a ver modificadas las funciones actuales de los intermediarios, así como un incremento de lo que se ha venido a llamar el «teletrabajo».

Es esta rapidez y el volumen de negocio lo que exigen que se disponga de un sistema seguro. La seguridad en la red se ha puesto repetidas veces en entredicho debido a su vulnerabilidad, habiéndose sucedido las noticias relativas a la modificación de información que aparecía en páginas web, o el envío de información falsa a través de la red. Esto ha provocado una enorme desconfianza en los usuarios, por otra parte comprensible. Una de las posibles y peores consecuencias que puede tener esta falta de confianza, puede ser la ralentización del incipiente mercado electrónico.

Los gobiernos de diferentes países, entre ellos el español, concedores de estos peligros, con su consiguiente pérdida de competitividad, están haciendo grandes esfuerzos para evitar que se sigan produciendo este tipo de situaciones. Parte del trabajo que se está llevando a cabo por parte de los estados, es consecuencia de las repetidas denuncias de asociaciones de consumidores y usuarios. Es por este motivo, como se verá más adelante, por lo que se está creando un entramado legal en aras de la protección de los usuarios, prestando especial atención a la protección de sus datos personales y familiares.

Con la firma electrónica se consiguen evitar gran cantidad de problemas que pueden hacer perder operatividad al mercado. En primer lugar, sabemos que el mensaje tiene integridad, esto es, existe la garantía de que los datos no han sido modificados desde que son emitidos hasta que son recibidos, sin que quepa una alteración fraudulenta. En segundo lugar, se garantiza la identificación de las partes intervinientes, ya que tanto el receptor como el emisor sabrán que la otra parte es quien dice ser. Otro punto a tener en cuenta es que ninguna de las partes podrá repudiar el mensaje que envió, lo cual tiene una gran importancia en el caso en el que se produzca una reclamación judicial. Por último existe la búsqueda de confidencialidad, ya que se crean mecanismos para que ese mensaje no sea leído por una persona distinta del receptor.

Así vemos cómo a la hora de realizar cualquier tipo de transacción se sabrá por ejemplo cuántas han sido las unidades requeridas sin que quepa en un momento posterior alegar que se solicitó una cantidad distinta ya que habrá documentos firmados.

Antecedentes

Estados Unidos

Resulta interesante saber cuáles han sido los inicios de la firma electrónica. Para ello debemos remontarnos a principios de la presente década, y más concretamente a 1991, cuando el norteamericano Phil Zimmermann sacó a la luz la primera versión del primer programa de cifrado de datos disponible con carácter gratuito. A este programa se le conoce con el nombre de PGP Pretty Good Privacy, o «intimidad bastante buena». Tardó algún tiempo en llegar a Europa debido a las restricciones a la exportación por parte del gobierno de Estados Unidos, ya que la exportación de programas de cifrado de datos se equiparaban a la exportación de armas nucleares. Desde 1991 han ido apareciendo versiones internacionales avanzadas de PGP, estando el programa en la actualidad, extendido mundialmente, lo que ha proporcionado a millones de usuarios un correo electrónico que podemos considerar de alta seguridad ya que PGP hace uso de los algoritmos criptográficos más potentes de cada momento.

Europa: OCDE y la Unión Europea

Por otra parte, a mediados de la década de los '90, en el seno de la OCDE y de la Unión Europea, se despertó un gran interés para la regulación de un campo tan importante y tan actual al mismo tiempo, como es el de la firma electrónica, aunque existen trabajos anteriores relativos a las líneas que deben seguir los estados miembros respecto a la seguridad de los sistemas de información. Los trabajos de la OCDE se han centrado especialmente en los temas de autenticación y de certificación de firma electrónica, con el fin de establecer tecnologías, mecanismos y modelos de negocio globales para todos los estados miembros.

La Unión Europea quiso evitar el más mínimo problema que pudiera poner en peligro uno de los pilares básicos del derecho comunitario cual es la libre circulación de mercancías. Asimismo, y debido a la libre circulación de personas, es frecuente que ciudadanos y residentes de la Unión Europea, tengan que tratar con autoridades de estados miembros distintas de aquél en el que residen.

El 16 de abril de 1997 la Comisión europea presentó una comunicación titulada «Iniciativa europea de comercio electrónico», en la que señalaba que la firma digital es un instrumento esencial para fomentar la seguridad y la confianza en las redes abiertas. Igualmente, presentó otra comunicación sobre «El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica- Hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado», que fue refrendada por el Consejo el 1 de diciembre de 1997, el cual encargó a la Comisión que presentara una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, en el menor plazo posible.

En 1998, hubo reuniones con sectores privados implicados, básicamente los relacionados con la industria de la criptografía; salió a la luz la propuesta de directiva, para establecer un marco común para la firma electrónica y se publicó la opinión favorable del Comité Económico y Social. Ha sido en 1999 cuando se ha producido la mayor parte de los trabajos preparatorios, con el informe favorable del Comité de las Regiones y con un compromiso en pro de la protección de la vida privada. Se modificó la propuesta inicial por la Comisión y se publicó una posición común aprobada por el Consejo, el 28 de junio de 1999, y publicada en el DOCE el 27 de agosto de 1999 (C243/33). El Parlamento europeo ya ha emitido una decisión favorable sobre ella, y se espera la inminente aprobación de la directiva. Los primeros países que han tomado medidas relacionadas con la firma electrónica han sido España, Italia y Alemania.

El Proyecto de Directiva sobre Firma Electrónica tiene importancia, ya que hasta el momento el mosaico legislativo de los países miembros, adolece de excesiva heterogeneidad. Es ilustrativo el ejemplo de Francia y Bélgica en los que los documentos electrónicos no se admiten como prueba, al requerirse la prueba documental cuando el valor de, por ejemplo, un contrato de compra-venta, supera un determinado límite, constituyendo la referida restricción un claro perjuicio para el uso de la firma digital.

Creación de firma

Criptología

El sistema de creación de firma se basa en la ciencia de la criptología, que utiliza un sistema de algoritmos matemáticos, en los que se basa el programa PGP. Con éstos se crea una situación segura para la emisión y recepción de mensajes, debido a que tiene un sistema que evita cualquier alteración de los mismos (integridad), y lo que se transmite es un resumen aleatorio de los mensajes (algoritmo hash), así que en el caso en el que éstos sean interceptados, no podrán ser leídos. Esto se debe a que para la firma electrónica se utilizará un sistema cifrado que transforma en secuencias de números los datos que se quieren enviar. Para transformar el texto en datos cifrados, se utilizan algoritmos criptográficos. Transformar la información contenida en el texto en datos se denomina cifrado, y el cambio de datos cifrados a texto, descifrado. Existen dos tipos de cifrado, de claves asimétricas, en contraposición con lo que se ha venido utilizando hasta el momento, que han sido las claves simétricas. La diferencia entre ambas radica en que las claves simétricas utilizan un tipo de claves idénticas para cifrar y descifrar los mensajes, que son dos claves privadas.

Esto supone que las dos partes intervinientes en un proceso de encriptación y desencriptación compartan la misma clave, lo cual plantea problemas de distribución de claves en entornos no seguros, como puede ser Internet. Un algoritmo de clave pública supone que cada una de las partes intervinientes en un proceso dispone de un par de claves: una pública y una privada. La primera está destinada a ser distribuida libremente, interesando esta distribución porque cuanto más amplia sea, menos posibilidades caben de «usurpación de la personalidad». Las claves públicas pueden ser obtenidas a través de servidores de claves o a través de la página web generada por la propia persona. En cuanto a la privada, ésta ha de ser conocida únicamente por su legítimo propietario ya que va a ser la única manera de que se consigan todos los efectos requeridos para una comunicación segura. Las claves asimétricas tienen su uso en la creación de firma electrónica y en el cifrado y descifrado de mensajes.

A pesar de que la firma electrónica garantiza la autenticidad del remitente y la integridad de los datos contenidos en el mensaje por medio de claves asimétricas, el problema básico que se plantea es que cabe la posibilidad de que se haya producido una suplantación de la identidad del remitente, en el caso de que su clave pública haya sido alterada fraudulentamente por un tercero. Una solución sería el intercambio de claves públicas a través de canales seguros, pero resulta inviable tratándose de temas relacionados con el comercio electrónico, ya que habrá muchos casos en los que no exista una relación anterior. Esta situación fomenta la desconfianza en los usuarios, realizándose menos transacciones de las debidas. Por ello se plantea la necesidad de que entre en juego un tercero independiente, una «tercera parte de confianza» en la que las partes intervinientes confíen y conozcan. Esta tercera parte son las autoridades de certificación que serán las encargadas de emitir certificados de autenticidad.

No existe un sistema general para el diseño de sistemas absolutamente seguros, ni para evaluar científicamente de forma fiable su grado de seguridad. Por ello se pueden utilizar al mismo tiempo otros métodos que den mayor seguridad. Uno de ellos es la esteganografía que significa literalmente «ocultación de datos», dificultando la detección de determinados datos, pero ha de ir acompañado del cifrado de los mismos.

Autoridades de certificación

Una autoridad de certificación puede ser tanto una persona física como jurídica, cuya principal labor se va a centrar en la expedición de certificados; aunque presumiblemente dispondrá de otro tipo de servicios, tales como la admisión de suscriptores, el depósito registral de los certificados expedidos, la relación con las autoridades encargadas del re-

gistro o la publicación y recuperación de claves. A título informativo, una de las autoridades de certificación españolas (ACE), expide certificados a un precio aproximado de 2.500 pesetas, aunque en la actualidad únicamente lo están realizando en el ámbito empresarial. El coste de certificados en los que intervenga una autoridad registral ronda las 10.000 pesetas (según datos de FESTE).

Las autoridades de certificación certifican no sólo la firma digital, sino también el servidor, software. No todos los modelos sirven para la certificación de firma digital ya que, por ejemplo, el certificado X. 509, no serviría como certificado reconocido (diapositiva 19) porque no contiene la posibilidad de establecer el límite de las transacciones que se pueden realizar con él, como exige el artículo 8 j del R.D.; aunque se está pensando en hacer una mínima modificación al modelo de certificado para que se pueda trabajar con él.

Actualmente ya disponemos en España de autoridades de certificación, entre las que cabe destacar la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (ahora Real Casa de la Moneda), que actuará en colaboración de Correos y Telégrafos, como se recoge en la exposición de motivos del Real decreto-ley sobre firma electrónica. La Real Casa de la Moneda ya ha empezado a firmar acuerdos de colaboración con distintas instituciones, por ejemplo, con el Colegio de Abogados de Madrid el día 17 de junio, en orden a garantizar la seguridad, confidencialidad y autenticación de las comunicaciones realizadas por los colegiados a través de Internet. Se pretende que a finales de año se puedan firmar electrónicamente las comunicaciones de los colegiados con el colegio, entre ellos, y previsiblemente la de éstos con las administraciones públicas.

Asimismo, todas las cámaras de comercio dispondrán para finales del verano del 2000 de dispositivos de creación de firma. Actualmente la única cámara de comercio que emite certificados es la de Barcelona. El 31 de enero del 2000 estarán en esa situación diez cámaras más, entre ellas la de A Coruña. La segunda fase finaliza el 31 de marzo y se incorporará la Cámara de Santiago de Compostela. Los certificados que van a emitir serán de tres tipos: los de servidor con un precio de 300 euros, los de empresa para una persona que costarán 200 euros, y para una persona perteneciente a una empresa sin poderes, 100 euros.

Por último hacer mención a la primera empresa privada de certificación que es ACE, Agencia de Certificación Electrónica, que se considera como un procesador de certificados. ACE está participada 40% por Grupo Telefónica de España, 20% por SERMEPA, 20% CECA y 20% Sistema 4B. Otra empresa privada que es autoridad de certificación es IPS. ACE ha suscrito recientemente un acuerdo de colaboración con FESTE, autoridad de certificación y registro. (Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones, constituida por el Consejo General

de Corredores de Comercio, el Consejo General del Notariado, la Universidad de Zaragoza y la empresa Intercomputer S.A.).

Normativa

La firma electrónica no puede considerarse como un salto al vacío por parte del Gobierno que ha ido aprobando a lo largo de esta década diversas normas relativas a la comunicación telemática. El nuevo decreto ley, no modifica en modo alguno las normas de contratación que se contienen en el libro IV del Código civil, no debe haber colisión entre las normas del RD y las del Código civil. Es importante destacar que la propuesta de directiva recoge asimismo que los efectos de la firma electrónica se considerarán sin perjuicio de la forma de celebración de los contratos y normas del lugar. Observamos que aunque la directiva quiere conseguir una situación homogénea para todos los estados miembros, sin modificar la teoría general de obligaciones y contratos de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Contratación privada

En cuanto a otras normas relativas a la contratación en el ámbito privado encontramos la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación, existiendo un proyecto de real decreto para aprobar un reglamento de contratación electrónica con condiciones generales. El proyecto se justifica por la necesidad de desarrollar el artículo 5.3 de la citada Ley de condiciones generales, que dice: «en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma». También, y al hilo de esta norma, se ha de hacer referencia a la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios que en su artículo 13.1 recoge la necesidad de la aplicación del principio de buena fe, al igual que en la directiva sobre protección de consumidores en materia de contratos a distancia.

En relación con el uso de la criptografía existen las normas del Sistema Nacional de Compensación Electrónica y un reglamento sobre la materia de 29 de marzo de 1996.

Ámbito público

En el seno de las administraciones públicas encontramos un Acuerdo de 11 de marzo de 1998 de la Comisión Nacional del Mercado de Valo-

res para la implantación de un sistema de intercambio de información a través de línea telemática, en el que se contempla el uso de la criptografía de clave pública. Anteriormente a 1992, ya existían circulares en las que se contemplaba la posibilidad de presentación de documentos en soporte informático. En la Ley del mercado de valores se establece que será la CNMV el órgano competente para aprobar las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a utilizar en sus relaciones con los administrados. En el acuerdo al que nos hemos referido, se menciona expresamente el término firma digital, con el uso de encriptación asimétrica: clave pública y clave privada.

Es importante tener presente las vías que abrió la Ley 30/92 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, que en su artículo 45 incorporó la posibilidad de que los ciudadanos se relacionaran con ellas a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Para el desarrollo de este artículo, se aprobó el R.D. 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración general del Estado.

En la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas y en su normativa de desarrollo no se establece nada al respecto, aunque es viable la presentación de documentos en soporte electrónico por la posibilidad que ofrece el artículo 45 de la Ley 30/92.

Ámbito tributario

En el ámbito tributario hay normas concernientes a los impuestos de valor añadido, que en su ley y reglamento (1993, 1996), hacen referencia a la facturación telemática, afirmándose que las facturas electrónicas tienen la misma validez que las facturas emitidas en soporte papel, siempre que la información contenida en la factura emitida y recibida sea idéntica. En relación al IRPF, aunque ya se podía presentar la declaración en soporte informático, se han aprobado diversas órdenes en 1999 concernientes a la presentación telemática de documentos tributarios de modelos, como el del resumen anual de las retribuciones, pagos fraccionados... Fue a raíz de un recurso presentado ante el TS, relacionado con el ITPAJD, por el que se dictó una sentencia de 3 de noviembre de 1997 en la que se afirmaba que «si se dan todas las circunstancias necesarias para acreditar la autenticidad de los ficheros electrónicos o del contenido de los discos en los ordenadores o procesadores y se garantiza, con las pruebas periciales en su caso necesarias la veracidad de lo documentado y la autoría de la firma electrónica utilizada, el documento mercantil con función de giro, debe gozar de plena virtualidad jurídica operativa».

En la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de acompañamiento a los pre-

supuestos de 1998 se habilita a la Real Casa de la Moneda para que preste servicios de certificación.

En el ámbito de la Seguridad Social existe una Orden de 3 de abril de 1995 sobre uso de medios electrónicos en la Seguridad Social y normativa de desarrollo del Sistema RED, estuvo en vigor hasta la Resolución de 17 de enero de 1996.

Normativa básica a raíz del Real decreto-ley

En España contamos con diversos textos legislativos importantes para la firma electrónica. Además del Real decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, encontramos una referencia expresa en la disposición adicional 1ª de la Ley 16/1999 que desarrolla los artículos 6 y 22 del Real decreto-ley. También contamos con el Reglamento 994/99 de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución Española en el que se afirma que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»; con este reglamento se pretende que haya un uso global seguro y confiable de la informática, dando una serie de medidas de seguridad técnicas y organizativas, tratamiento de datos, e intimidad personal y familiar. Y por último, la Ley orgánica 5/92 de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de datos.

Real decreto-ley

Continuando con el estudio del Real decreto-ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. Entró en vigor el 19 de septiembre siendo convalidado el 21 de octubre. En su exposición de motivos se afirma que con él se persigue que haya confianza en los sistemas por parte de los usuarios para que se produzca un rápido desarrollo del comercio y la información. Teniendo en cuenta el principio de legalidad vigente en nuestro sistema jurídico, se echaba en falta una regulación concreta sobre la firma electrónica.

El Real decreto-ley 14/1999 requerirá buen número de normas reglamentarias de desarrollo, como se dispone en su disposición final segunda que habilita al Gobierno para el desarrollo del Real decreto. Se desarrollará también mediante ley, pues será necesario establecer la tasa para consulta del Registro de prestadores de servicios de certificación, según establece el artículo 7 del R.D.; por último hace referencia a la actualización de la cuota por el reconocimiento de acreditaciones y certificaciones del artículo 23 mediante real decreto.

Una de las finalidades básicas del real decreto-ley es impulsar su uso de una manera generalizada: no sólo en el seno de las administraciones públicas, sino principalmente en las relaciones entre los particulares. Con respecto a las administraciones públicas, como se ha dicho anteriormente, existen ya diversas normas que dan alguna validez al empleo de la firma electrónica en el ámbito de la Administración tributaria, la Dirección General de Aduanas y la Tesorería de la Seguridad Social, y en otras administraciones.

Efectos jurídicos

Los efectos jurídicos de la firma electrónica tienen una gran importancia en el conjunto del real decreto-ley, como así se desprende de la exposición de motivos y del articulado. Básicamente se persigue equiparar el valor de la firma electrónica y la firma manuscrita, siempre y cuando se den unas condiciones de seguridad.

Llegados a este punto es necesario diferenciar entre la firma electrónica y la *firma electrónica avanzada*. La primera se refiere al conjunto de datos en formato electrónico, anejos o asociados a otros datos utilizados como medio para identificar formalmente a su autor. La firma electrónica avanzada permite la identificación del signatario creada por medios mantenidos bajo su control, siendo posible detectar cualquier modificación posterior. Así únicamente será admitida como prueba en juicio la que sea firma electrónica avanzada.

Existe pues una *presunción legal iuris tantum* (admite prueba en contrario), favorable a la validez de la firma electrónica cuando el prestador está acreditado y el dispositivo de creación de firma empleado está certificado oficialmente. En el caso en el que no sea avanzada, o siéndolo no está basada en un certificado reconocido, sin dispositivo seguro de creación de firma, no se rechazará de plano su admisión como prueba en juicio, pero carecerán de la eficacia atribuida a la firma manuscrita.

La firma digital plantea una serie de problemas, que no pueden surgir respecto a la firma manuscrita, cuales son que en un documento firmado digitalmente no es posible distinguir entre el original y la copia, y que la firma manuscrita es única, mientras que es posible disponer de varios pares de claves. El efecto legal que se quiere conseguir está íntimamente vinculado con la confianza que se tenga en la Agencia de Certificación.

En el artículo 1 *in fine*, se hace una referencia expresa a que los servicios que prestan los prestadores de servicios, no sustituyen, no modifican en modo alguno las funciones que tienen atribuidas las personas facultadas para dar fe de las mismas o para su elevación a públicos. El

documento firmado electrónicamente no tendrá valor de documento público, ya que si se necesita en algún documento su elevación a público, sería necesario que el notario verificara la identidad de los contratantes y su capacidad de obrar, no siendo esto posible mediante la técnica de firma digital.

Grupos cerrados de usuarios

Mención aparte merece los efectos legales de las firmas digitales en entornos cerrados de usuarios. Éstas se utilizan para intercambio de datos en el seno de una misma empresa, una empresa con sus filiales o entre compañías entre las que hay una inconmensurable confianza. Suelen usar para el cifrado de sus mensajes claves simétricas, y ya hemos mencionado anteriormente su falta de seguridad. Por otra parte, las claves simétricas suelen ser modificadas con cierta asiduidad, por lo que se pueden dar por válidas unas cuando ya no lo son, u operar con unas claves creyendo que son válidas. Por ello tienen una importante dificultad probatoria. La solución estriba en la consideración de las cláusulas contractuales de los contratos que se hayan suscrito, aplicando los principios probatorios tradicionales.

Sobre la utilización de la firma en los grupos cerrados de usuarios, en la primera propuesta de directiva se afirma que «la presente directiva no debe regular la firma electrónica utilizada por grupos cerrados, por ejemplo, cuando ya existen relaciones contractuales. En estos contextos debe prevalecer la libertad contractual».

La firma electrónica en el seno de las administraciones públicas

El real decreto hace una referencia expresa al uso de la firma electrónica en el seno de las administraciones públicas. En primer lugar establece la posibilidad de que se establezcan condiciones adicionales (un ejemplo de ellas, pudiera ser disponer de un servicio de consignación de fecha y hora), en las relaciones entre distintas administraciones o dentro de una misma y en las relaciones con los particulares. Tenemos que tener presente que el artículo 45 de la Ley 30/92 LRJAP y PAC establece la posibilidad de que la relación administrado-administración sea a través de medios telemáticos. El Comité de Legislación de FESTE, propuso que los atributos del certificado constaran en documento público. El real decreto recoge la exigencia de que rijan los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación en todas las actuaciones llevadas a cabo por las administraciones públicas.

Los usos para los que se prevé la firma electrónica son, entre otros, la expedición de diferentes carnets, como el de identidad o el de conducir;

certificados de nacimiento y los de penales; y el cumplimiento de numerosos trámites administrativos.

El R.D.-ley contempla la posibilidad de que haya un sometimiento a un régimen específico en algunos temas, por ejemplo, los relativos a información clasificada, seguridad pública o defensa, y temas relacionados con obligaciones tributarias, en este caso tendente a garantizar el cumplimiento de las mismas, pudiendo ser el signatario tanto una persona jurídica como física. Las funciones de certificación corresponderán a los órganos que dispone la LGT y la Ley 21/1992.

Los servicios de certificación serán prestados en régimen de libre competencia, por ello se ha establecido la obligación de que haya separación de cuentas en el caso de las administraciones públicas.

Acreditación

La acreditación de la actividad de entidades certificadoras que se sometan voluntariamente a ese trámite, corresponderá a las administraciones públicas.

La acreditación de las entidades de certificación corresponde a una «entidad de evaluación» (organismo independiente creado por el gobierno mediante R.D). Para llevar a cabo su labor, deberá hacerlo conforme a las referencias que se publiquen en el BOE. Algo curioso es que en el R.D.-ley, como se han adelantado a la directiva, se refiere a que los productos de firma electrónica han de cumplir las normas técnicas que se publiquen en el DOCE, normas que servirán de criterios de evaluación a la entidad anteriormente citada; pero que en el caso de no se publiquen en el DOCE, serán publicadas en el BOE. La entidad de evaluación tendrá en cuenta informes técnicos, y el cumplimiento de los requisitos reglamentarios que se necesitan para ser acreditados.

En todo lo relativo a la acreditación, se ha establecido en la D.A.1ª del R.D.-Ley 16/99 (por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones), que se habilita al ministro de Fomento para que mediante órdenes ministeriales desarrolle normas relativas a la acreditación. El que sea mediante O.M. supone una mayor agilidad en su tramitación y aprobación.

Se presta especial atención a la acreditación porque a los clientes de ese prestador de servicios de certificación les da mayor seguridad jurídica y confianza; y, en cuanto al prestador, se le abre la posibilidad de expedir certificados reconocidos, aceptados en el ámbito comunitario. Por el hecho de estar acreditados les serán establecidos una serie de derechos y obligaciones específicos por el órgano de evaluación.

Por el hecho del reconocimiento de la acreditación y por certificar una serie de dispositivos técnicos se establece una tasa, cuyo hecho imponible es el propio reconocimiento, siendo el prestador de servicios el sujeto pasivo. La cuota es de 47.500 pesetas por cada acto del órgano de evaluación, siendo actualizada dicha cantidad por real decreto. El devengo de dicha tasa se producirá en el momento de la solicitud, dejando la liquidación de la misma a desarrollo reglamentario.

Protección de datos

En el R.D. aparecen varias menciones relativas a la protección de datos. Esto se debe a que se considera primordial proteger a los usuarios de posibles vulneraciones de su intimidad personal y familiar. Hay varios artículos en los que se quiere dar protección a los datos, como en los artículos 8, 11 y 15. En ellos se aprecia la necesidad de contar con consentimiento expreso para pedir otros datos que se contengan en el certificado, pudiéndose requerir la identidad del signatario en el caso en el que hay dado un seudónimo. Es importante la prohibición relativa al almacenaje y copia de los datos para la creación de firma, cuyo incumplimiento se sanciona en la Ley 5/92 sobre protección de datos. Los datos que ha de solicitar el prestador de servicios al usuario han de ser los estrictamente necesarios. Las entidades de evaluación también se han de ajustar a lo contenido en la Ley 5/92, cuando hagan comprobaciones de datos.

Los datos de los usuarios, dentro de las entidades de certificación, sólo podrán ser consultados por las personas que estén autorizadas al efecto. El signatario, o una persona autorizada por éste, han de tener la posibilidad de poder anotar o modificar sus datos, así como detectar los posibles cambios técnicos que puedan afectar a la seguridad de sus datos personales y de sus mensajes. Se hace una referencia expresa a la situación de un posible cese de actividad de un prestador de servicios. Para pasar los datos pertenecientes a certificados por él expedidos, a otro prestador de servicios de certificación, será imprescindible que cuente con el consentimiento expreso de la persona a favor de la cual se ha expedido el certificado.

Teniendo en cuenta que ha de prevalecer en todo momento, lo contenido en la Ley 5/92 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, se establecen una serie de excepciones en virtud de las cuales los prestadores de servicios deben facilitar la identidad de los signatarios. En primer lugar, siempre que así lo soliciten los órganos judiciales en el ejercicio de sus funciones; el artículo 11.2 letra d) de la Ley 5/92 relativo a la cesión de datos, afirma que no se exige consentimiento del afectado «cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los jueces o tri-

bunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas». En segundo lugar, según disponga la legislación relativa a temas tributarios, de defensa de la competencia, y seguridad nacional.

Certificados digitales

Los certificados digitales han de cumplir una serie de requisitos para que sean considerados como tales. El primero de ellos es que el certificado ha de ser reconocido por un prestador de servicios acreditado, y en segundo lugar, la firma digital ha de ser creada con un dispositivo seguro de creación de firmas (1º los datos para la generación de la firma puedan producirse sólo una vez y que se asegure *razonablemente* (hay algunas indeterminaciones) su secreto; 2º los datos no puedan ser derivados de los de verificación de firma y que la firma no pueda ser falsificada por medios tecnológicos; 3º los datos puedan ser protegidos por el signatario de su utilización por terceros), que esté avalado por una entidad de evaluación acreditada. Es importante destacar que la falta de los requisitos antedichos no implica *per se* que se nieguen los efectos jurídicos a la firma, ni que se imposibilite su presentación en juicio como prueba.

Certificados reconocidos

Para que un certificado reconocido pueda desplegar enteramente sus efectos, ha de constar: a) que ha sido expedido como tal, debiendo poseer un código identificativo único; b) cuál es su periodo de validez; y c) si existe algún tipo de limitación en cuanto a su uso y máximo valor de las transacciones que con él se pueden realizar. En otro orden de cosas, ha de contener la identificación del prestador de servicios que lo ha expedido, así como la identificación del signatario o de su representante en su caso. Asimismo, aparecerá la firma electrónica avanzada del prestador y los datos relativos a la verificación de la firma.

Los certificados reconocidos tienen una vigencia máxima de cuatro años. No tiene, a priori, una razón concluyente para que se haya establecido este plazo. Una posibilidad es que se prevé que en el plazo de cuatro años surjan nuevas tecnologías que lleguen a poder interferir en los mensajes o incluso descifrar las claves. Por poner un ejemplo, diremos que la validez de los certificados expedidos por FESTE se hacen en su mayoría por un año.

Los certificados, pueden perder su vigencia con anterioridad si es revocado por el signatario, su representante o un tercero autorizado, o si sobreviene la muerte o incapacidad del signatario o de su representado. Los certificados perderán también su vigencia si son utilizados indebi-

damente por un tercero, si contienen inexactitudes importantes de los datos en él contenidos, o si se pierde o inutiliza el soporte del certificado. Si el prestador de servicios cesa en su actividad, los certificados por él expedidos perderán su vigencia salvo que sean traspasados a otro prestador de servicios. Las autoridades judiciales o administrativas podrán establecer su pérdida de vigencia mediante resolución.

Antes de la entrada en vigor de la ley ya se expedían certificados. Por ello, el R.D en su disposición transitoria única, afirma que los certificados que se hayan expedido antes de la entrada en vigor conservarán su validez siempre y cuando ya hubieran desplegado algún tipo de efectos.

La vigencia de los certificados podrá quedar en suspenso temporalmente por el prestador si así se lo ordena el signatario o una autoridad judicial o administrativa. Siempre que se produzca alguna de las causas de pérdida de vigencia de un certificado, el prestador desde que tenga conocimiento de ellas, tiene la obligación de publicar dicha falta de vigencia en su registro particular. La falta de publicación o su retraso conlleva para el prestador de servicios una serie de responsabilidades.

Una de las finalidades de la propuesta de directiva es establecer un marco común para el uso de la firma electrónica en todos los estados miembros. Por ello, el R.D., en relación con la propuesta de directiva, ha establecido una serie de condiciones alternativas para el reconocimiento de certificados que provengan de terceros países, debiendo cumplir alguna de las que a continuación se describen: el prestador de servicios que haya expedido el certificado ha de haber sido acreditado mediante alguno de los sistemas voluntarios de cualquiera de los estados miembros; el certificado, debiendo cumplir unos requisitos, ha de estar garantizado por alguno de los prestadores de servicios de cualquier estado miembro; cabe la posibilidad de que la Unión Europea firme un acuerdo de reconocimiento con terceros países o con organizaciones internacionales.

Prestadores de servicios

Para los prestadores de servicios se crea un registro, siendo necesario solicitar su inscripción antes de que dé comienzo su actividad. En los términos en los que está redactado el real decreto, parece que lo que se exige es que los prestadores de servicios formulen la solicitud, no siendo necesario esperar la finalización del trámite de la inscripción –o en el caso en el que ya existieran, continuar– para llevar a cabo la inscripción certificadora. Para los prestadores de servicios que hubieran iniciado su actividad con anterioridad a la entrada en el R.D., disponen de un plazo de un año para adaptarse al mismo.

Este registro será dependiente del Ministerio de Justicia, se ha decidido que dependa del Ministerio de Justicia porque se pretende fortalecer la idea de que la firma electrónica tenga valor en juicio. El hecho de que exista un registro público en el que aparezca una relación de todos los inscritos, ofrece una mayor seguridad a los usuarios. En el registro aparecerán los datos y el alcance de la actividad de los prestadores, y sus datos serán dados de baja de oficio cuando se tenga conocimiento del cese de su actividad. Los datos contenidos en el registro podrán ser consultados por cualquier persona debiendo pagarse una tasa cuya cuantía aún no está establecida. En la actualidad aún no se ha creado.

El R.D. da una gran importancia a la actividad de los prestadores de servicios, por esta razón ha establecido para ellos una serie de obligaciones, responsabilidades, y un régimen de control.

Obligaciones

Una diferencia básica que hace el R.D. en el establecimiento de obligaciones para los prestadores de servicios es distinguir si expiden meros certificados o certificados reconocidos. Para todo tipo de prestadores, deberán comprobar la identidad de los solicitantes por los medios admitidos en derecho, no pudiendo almacenar ningún tipo de datos, debiendo poner a disposición del signatario los dispositivos de creación y de verificación de firma, informándole previamente de las condiciones del certificado. Como ya se ha comentado, deberán solicitar su inscripción en el registro de prestadores de servicios, y mantener un registro de los certificados que hayan emitido con las circunstancias relativas a la validez de los mismos. Los datos podrán consultarse si así lo autoriza el signatario. Si cesan en su actividad deberán comunicarlo a sus signatarios con dos meses de antelación.

Los prestadores de servicios reconocidos junto con las anteriores obligaciones, tendrán las siguientes: en el aspecto económico se establecen unas cantidades que se pueden considerar altas, intentando que, aunque se presten en régimen de libre competencia, los que accedan puedan responder plenamente de sus posibles infracciones, sin que haya resquicios de inseguridad para los posibles signatarios. La cantidad será equivalente al 4% de la suma del límite del valor de las transacciones de todos los certificados expedidos, y en el caso en el que no haya limitación se establece la cantidad de 1.000 millones de pesetas, cantidad modificable por real decreto, que podrá ser garantizada mediante aval.

Otro tipo de obligaciones son las que se refieren a garantías técnicas, y otras de información a los posibles signatarios. Una obligación a tener en cuenta es que ha de conservar la información durante al menos 15 años. Este periodo se ha establecido con vistas a reforzar la posible presentación de los documentos firmados digitalmente como prueba en juicio.

Responsabilidad

Para determinar la responsabilidad de los prestadores habrá que estar a la legislación sobre consumidores y usuarios. Los prestadores responderán de los daños y perjuicios que se deriven de todo incumplimiento de las obligaciones establecidas para ellos o por negligencia. Se estará tanto a la culpa contractual como extracontractual. En el caso en el que haya un uso indebido de un certificado, responderán si en el certificado no concretaron la existencia de un límite de uso y de valor. Es importante saber que los prestadores responden personal e ilimitadamente con todos sus bienes presentes y futuros. En cualquier tipo de proceso será a ellos a quien les corresponda la carga de la prueba, debido a que se les presume con suficientes y mayores medios técnicos que a los posibles signatarios.

Infracciones y sanciones

Control de la actividad

El control de la actividad que lleven a cabo los prestadores tanto de los certificados reconocidos como de los no reconocidos, corresponderá a la Secretaría General de Comunicaciones, adscrita al Ministerio de Fomento. Sus funcionarios serán considerados como autoridad pública. Los prestadores tienen la obligación de proporcionar la documentación sobre ellos mismos que sea solicitada por la SGC. Ésta tiene autoridad para dar órdenes de obligado cumplimiento para los prestadores.

La potestad para imponer sanciones a los prestadores de servicios, corresponde a la SGC; sin embargo el Ministerio de Justicia y otros órganos competentes tendrán la posibilidad de incoar un procedimiento tras una presentación motivada a la SGC. Cabe la posibilidad de que se adopten una serie de medidas cautelares en el caso de la comisión de posibles infracciones graves y muy graves. La Ley establece dos tipos concretos de medidas cautelares, aunque establece que no son *numerus clausus*: el cese temporal de la actividad y la suspensión de la vigencia de los certificados expedidos por el presunto infractor.

Infracciones

Al igual que las obligaciones para prestadores de certificados reconocidos y meros certificados no son las mismas, las infracciones que puedan cometer ambos se modulan de diferente manera. Si los prestadores de certificados reconocidos incumplen alguna de las obligaciones que ha de cumplir todo prestador se considerará infracción muy grave, en contraposición de la situación de los prestadores de meros certificados, que en el caso en el que causen daño se considerarán infracción grave, y en caso contrario, leve. Pa-

ra los prestadores de certificados reconocidos se exceptúan como muy graves las relativas al almacenamiento de datos, la falta de solicitud en el registro, y otros incumplimientos que se recojan en el R.D.

La clasificación de las infracciones que puedan cometer los prestadores de certificados reconocidos respecto a obligaciones específicas, dependerá del daño que causen. Así, si causan daño, se considerarán muy graves, y si no lo causan graves. Se exceptúa de esta clasificación los requisitos de fecha y hora, la demostración de la fiabilidad de sus servicios y la falta de información a los usuarios que se considerarán en todo caso graves. La falta de algún requisito en los certificados se considera infracción leve.

La falta de cumplimiento de las resoluciones de la SGC será falta grave. En el caso en el que el incumplimiento sea grave y reiterado se tornará en infracción muy grave. El resistirse por parte de los prestadores a la actuación inspectora de la SGC se considera infracción muy grave, y la falta de colaboración infracción leve.

El no comunicar el cese de su actividad o el que se haya iniciado contra ellos un procedimiento de suspensión de pagos o quiebra, será infracción muy grave.

Mención aparte merece las infracciones que se puedan cometer en relación con el artículo 11.c) relativo a la copia y al almacenaje de datos. El R.D. no establece ningún tipo de infracción, lo cual a priori puede resultar sorprendente sabiendo que el R.D. pretende una total protección de los datos personales. La respuesta está en que se deja esta clasificación a la Ley orgánica 5/92 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), debiendo acudir a ella para conocer las infracciones y sanciones. Pudiera ser encuadrable, como infracción grave, si se realiza una creación de ficheros privados con finalidades distintas de las que constituyen el objeto legítimo de la empresa o si se recogen datos sin el consentimiento expreso de los afectados. Las infracciones graves llevan aparejada multa de cincuenta millones una pesetas, a cien millones de pesetas, prescribiendo a los dos años.

Sanciones

Las sanciones, la actualización de las cuantías, y los criterios de graduación de las multas que establece el real decreto, son las mismas que las establecidas en el artículo 82 de la LGT, salvo para las infracciones leves que el tope se establece en dos millones. 

EL CONTROL JUDICIAL DEL ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

Alfonso J. Villagómez Cebrián

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo
Letrado del Tribunal Constitucional

1. El acceso a los archivos y registros administrativos es un derecho de configuración legal estrechamente vinculado a algunos derechos fundamentales y, en especial, al derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos está establecido en el artículo 105 de la Constitución que ordena que la ley regulará «*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*» (apartado b). Por tanto, este precepto constitucional ha remitido expresamente a la ley las posibilidades para el ejercicio efectivo por parte de los ciudadanos del acceso a los archivos y registros administrativos.

Este precepto constitucional ha sido desarrollado por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJAPC). Por lo que podemos afirmar que si en dicho precepto legal se encuentra establecido, hoy en día, el régimen jurídico del derecho de acceso a archivos y registros en nuestro ordenamiento.

No hay duda, por tanto, de que en el acceso a archivos y registros estamos en presencia de un derecho de *configuración legal*, que es como precisamente es denominado por la doctrina. En consecuencia, nos encontramos ante un derecho «no» fundamental, aunque estrechamente relacionado con otros derechos que sí gozan, en cambio, de esta categoría jurídica: los derechos fundamentales de participación política (artículo 23 de la Constitución), o la libertad de expresión (artículo 20). En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, se dice que el derecho de acceso a los archivos y registros públicos:

«Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder político acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de *permitir con más eficacia el control de su actuación por la Jurisdicción contencioso-administrativa*)» (fundamento jurídico 3º).

El derecho de acceso a archivos y registros públicos puede servir, por otra parte, también de barómetro para determinar el grado real de fiscalización jurisdiccional del poder administrativo y situarse, así, en el mismo centro neurálgico de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, la Constitución establece en el art. 105 una nítida diferenciación entre derechos que pudieran resultar en principio cercanos, aunque son realmente diferentes: la participación en la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general, el derecho de audiencia de los interesados y el derecho de acceso. Sin olvidar que la vulneración de alguno de estos dos primeros puede determinar, en su caso, una violación, finalmente, del derecho a la tutela judicial efectiva o una producción de indefensión, también vetada por el artículo 24 de la Constitución, sin embargo, no son éstos los aspectos que ahora nos interesan.

Entendido el derecho de acceso a registros y archivos administrativos como un *derecho instrumental*, que coadyuva a la formación de una opinión pública libre, al mantenimiento del principio de transparencia administrativa y, en fin, a posibilitar el efectivo control de la actuación administrativa, es difícil convenir en que la negativa al ejercicio del mismo pueda determinar una correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que es distinto al estricto derecho de audiencia.

Lo que sucede es que con motivo de la denegación –o del reconocimiento– de la posibilidad de conocer documentos incorporados a expedientes administrativos, es posible apreciar la existencia de vulneraciones al derecho que venimos analizando; la cuestión se plantea en los siguientes términos: si el derecho a la tutela judicial incorpora el derecho de acceder sin trabas injustificadas a la jurisdicción, y, eventualmente (si

se observan los presupuestos y requisitos procesales de admisibilidad), el de obtener una resolución fundada en derecho, sobre el fondo, es preciso que los jueces –y las partes, a fin de respetar el principio de contradicción («*contradictio est regula veri, no contradictio falsi*»)- puedan conocer todos los extremos relevantes para la resolución de la cuestión sometida a la jurisdicción.

Sin embargo, esta conexión profunda del derecho de acceso a los archivos con otros derechos fundamentales no hace que se comunique el carácter fundamental de estos otros derechos al de acceso a archivos y registros. Lo único que sucede en el plano de la práctica es que en muchos casos la articulación procesal de la discusión en el litigio sobre el acceso a los documentos se fundamenta, sustancialmente, sobre el derecho de participación política o la libertad de expresión. De este modo, los demandantes pretenden incrementar las posibilidades de garantía jurisdiccional, y, por ello, el derecho de acceso se configura en las demandas, y en los fundamentos de las sentencias, como un elemento auxiliar del proceso del discurso jurídico en general. Y es este carácter auxiliar el que puede llegar a hacer pensar en algún momento en la conexión de la naturaleza que pudiera producir el derecho fundamental sobre el de acceso a los registros.

La consecuencia práctica de todo ello es que la *petición jurisdiccional* de acceso a los archivos públicos no es susceptible de solicitarse por los cauces procesales de la Ley 627/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989, se desestimó la demanda precisamente por este motivo, y, así, en su fundamento tercero, se puede leer:

«(...), porque para poder reclamar los bienes, derechos, archivos públicos y fuentes documentales que le fueron incautados precisa realizar una investigación en los archivos públicos; así planteada la cuestión está claramente excluida en resolución del cauce de la Ley 62/78, pues el derecho a la devolución de su patrimonio está regulado por ley ordinaria, desarrollada en reglamento, y el derecho al acceso a los archivos y registros administrativos, que es la petición denegada, no está incluida en los preceptos constitucionales que abarca este precepto preferente y sumario, sino en el art.105.2 CE, derecho que habrá de ser regulado por ley, por lo que habría de ser desestimado dado el cauce procesal elegido por la recurrente, para hacer valer su derecho».

Es la ley, entonces, la que configura y ofrece, como se ha dicho, las posibilidades de realización efectiva de este derecho. No es discutible que el art. 105 b) de la Constitución haya dispuesto un concreto mandato al legislador para que adoptara las decisiones precisas para obtener y garantizar la efectividad del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos: el empleo del imperativo («*la ley regulará*») no ofrece dudas a estos efectos.

Ahora bien, ya de entrada, el propio precepto constitucional imponía una norma de comportamiento a la Administración pública, según resulta de una interpretación sistemática del título IV de la Constitución («Del Gobierno y de la Administración»), en que se integra el art.105, y en donde se regulan principios de actuación de la Administración (artículo 103), reservas legales en relación a la creación de órganos, el estatuto de los funcionarios públicos, la audiencia de los ciudadanos o el procedimiento administrativo común (artículos 103.2 y 3 y 105 a) y c)), los principios del control judicial de la Administración (art.106.1) y de su responsabilidad (art.106.2), así como referencias básicas a instituciones (fuerzas y cuerpos de seguridad –artículo 104–, Consejo de Estado –artículo 107–). El acceso a los archivos y registros se situó, por tanto, dentro del marco que configuró la posición constitucional de la Administración.

El contenido del precepto servía, pues, para entender la imagen constitucional de la Administración como poder inmerso en un mandato general de transparencia, pero, al mismo tiempo, la referencia a los ciudadanos fundaba un derecho subjetivo cuya naturaleza no quedaba, en cambio, clara en cuanto a su capacidad de desplegar cierta fuerza normativa durante el período en el cual el legislador todavía no había desarrollado la ordenación de acceso a archivos y registros administrativos.

Bien es cierto que esta cuestión parece tener menor importancia, pues como se ha dicho ya la Ley 30/1992 ha afrontado, con carácter general, la regulación del derecho de acceso. Sin embargo, creo que conviene recordar que durante el tiempo en que no ha existido tal regulación general no dejaron de suscitarse dudas sobre la eficacia directa e inmediata del referido precepto constitucional, que llevaron a una cierta vacilación en nuestra jurisprudencia.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979, se llegó a decir que el artículo 105 b) de la Constitución era una simple declaración de principios básicos, que, por tanto, no podían ser de aplicación inmediata hasta que por la ley se regulara el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. Ahora bien este criterio jurisprudencial sería expresamente modificado por el propio Tribunal Supremo; su Sala de Revisión, en Sentencia de 19 de mayo de 1988, nos proporcionó una nueva interpretación del significado de la reserva de ley que contiene el artículo 105 de la Constitución, y en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1990 se decantó con total claridad porque el derecho que se consagra en aquel precepto constitucional «nace con la Constitución y es de aplicación directa».

Por ello, soy de la opinión de que este extremo no debe pasar nunca desapercibido aunque sólo sea para reiterar la eficacia normativa directamente vinculante de la Constitución. Pero es que al lado de este carác-

ter de norma jurídica de nuestro texto fundamental, parece un contrasentido vaciar de contenido este derecho de acceso a los archivos durante los prácticamente quince años en que estuvo huérfano de regulación de carácter general. Quizá se había olvidado que también la norma constitucional era un límite a las previsiones que podía en este sentido adoptar el legislador –que ni le estaba permitido dejar sin contenido el derecho constitucionalmente reconocido, ni tampoco desfigurarlos de tal forma que lo hiciera, por las restricciones que incorpore, irreconocible– y que, sobre todo, la norma constitucional servía de criterio fundamental interpretativo por los poderes públicos. Y que, en fin, que su eficacia inmediata, como es natural, determinó los límites infranqueables para el titular de la potestad reglamentaria a la hora de emprender la tarea de efectuar el correspondiente desarrollo de las previsiones legales en esta materia que ahora nos ocupa.

2. La plasmación procesal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros públicos se realiza a través del contencioso-administrativo. Apartado en donde se tratan los problemas de legitimación y el caso especial del ejercicio del derecho de acceso por parte de las administraciones y los poderes públicos

Pues bien, hechas las anteriores consideraciones, es el momento de comenzar el análisis de la plasmación procesal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. La doctrina ha dedicado ya valiosas páginas al estudio, podríamos decir abstracto e intemporal, de dicho derecho, según ha quedado sucintamente expuesto. No obstante, en los términos en que se configura el derecho de acceso a los archivos y registros, la realización material y formal de su ejercicio adopta la forma de un *procedimiento administrativo*, que culmina con la producción de un acto, que, sin ningún género de dudas, debe ser motivado en caso de denegar la petición de acceder a la información administrativa.

Estamos, por tanto, en presencia de actuaciones de la Administración pública, sujetas a derecho administrativo, que son plenamente revisables por la Jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a la cláusula general de enjuiciamiento que consagran los arts.106.1 de la Constitución y 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA).

En este sentido la idea de que, finalmente, las resoluciones producidas con motivo del ejercicio del derecho de acceso a los registros administrativos son susceptibles de ser residenciadas en la jurisdicción con-

tencioso-administrativa no admite discusión desde la observancia de los mandatos constitucionales (arts. 24.1 y 117.1). La eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la existencia de una llamada «reserva de jurisdicción» –tal como lo ha expresado algún autor– constituyen sus dos soportes fundamentales.

En la medida en que no existe previsión expresa en contrario, resulta preciso agotar la vía administrativa previa para poder acudir a la protección jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo. El titular del derecho debe así haber formulado con anterioridad una petición «individualizada» (art. 37.7 LRJAPC), en la que deberá «identificar» el documento o documentos que pretendía consultar, y aunque no se dice si esa petición es por escrito, podría presumirse que así debe ser. No existe, como contenido de este derecho, la previsión de que la consulta pueda estar referida a la petición indefinida de documentos, por lo que no cabe formular, según dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 1998, solicitud «genérica» sobre una materia o conjunto de materias; limitación que lógicamente se extiende al derecho de obtener copias o certificados de los documentos a que alude el apartado 8 del artículo 37 LRJAPC.

La configuración jurídica del derecho de acceso desde esta perspectiva procesal en la que estamos situados, presupone, por tanto, que no existe una proximidad física entre el titular del derecho y el documento cuya exhibición solicita a la Administración. Se pide así la consulta y se supone que los servicios administrativos correspondientes, previo el examen de los archivos y registros solicitados, muestran al demandante el documento o documentos.

La Administración requerida deberá responder a la solicitud del particular y hacerlo, lógicamente, en coherencia con el marco jurídico. Puede, por tanto, haber una *negativa* al requerimiento del solicitante, pero dicha negativa no puede estar exenta de *motivación* aun cuando la ley exija solamente motivación específica para el caso en que la Administración aprecie la existencia de un interés público que impida la consulta, o que, también, según la Administración, existan intereses de terceros más dignos de protección, o, en fin, cuando así lo disponga una ley (art. 34 LRJAPC).

Y es que, al margen de esta determinación formal, las exigencias institucionales del derecho subjetivo y de la misma ley, exigen la motivación de cualquier negativa de una solicitud de acceso a un documento o a un archivo de la Administración, pues con ello no se deja de estar limitando un derecho subjetivo (art. 54.1 a) LRJAPC).

Sin embargo, no existe un plazo expresamente regulado en la Ley 30/92 para la resolución de las solicitudes. Lo que en pura lógica de interpretación jurídica nos conduce a entender que es de aplicación el

plazo para resolver los procedimientos administrativos que con carácter general está establecido en el de seis meses, según lo dispone el art. 42.2 LRJAPC (en la redacción dada, como es sabido, por la Ley 4/1999). No obstante esta solución que, en principio, parece que es la única imaginable, la singularidad de este procedimiento, su misma simplicidad, al menos en apariencia, haría deseable la fijación de un plazo específico y quizá también que fuera más reducido (sobre todo si pensamos en el plazo general de tres meses para resolver que se había establecido en la redacción original de aquel precepto por la Ley 30/92).

Paradójicamente al lado de esa ausencia de plazo específico, existe, en cambio, una referencia expresa en la ley a una cuestión objetivamente de menor importancia, pero también relacionada con el tiempo en que se hace efectivo este derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Dice, así, el art. 48.6 (LRJAPC):

«La declaración de un día como hábil o inhábil a efectos de cómputo de plazos no determina por sí solo el funcionamiento de los centros de trabajo de las administraciones públicas, la organización del tiempo de trabajo ni el acceso de los ciudadanos a los registros.»

Estamos, pues, ante un derecho especialmente protegido desde este específico punto de vista también.

Por otra parte, es claro, que el contenido de la pretensión que se intenta sostener ante la jurisdicción deba estar vinculada exclusivamente al acceso de un documento o registro administrativo y, por lo general, a la denegación del mismo por parte de la Administración.

Los problemas que de ordinario se suscitan, por tanto, en esta materia afectan básicamente a dos tipos de cuestiones: a la simple denegación (por silencio o irrazonadamente) de la petición, y a la delegación sobre la base de la concurrencia de alguna causa de exclusión. En este sentido, las exclusiones pueden estar específicamente contempladas en la LRJAPC (son los casos de la normativa sobre materias clasificadas, del acceso a datos sanitarios, a los archivos regulados por la legislación electoral, a los establecidos con fines estadísticos, el régimen de acceso a documentos por parte de parlamentarios, de miembros de entidades locales, del Defensor del Pueblo y de los comisionados parlamentarios autonómicos, y, por último, el del acceso a los documentos existentes en los archivos históricos). O bien puede tratarse de otros supuestos que están excluidos en razón de las previsiones contempladas en otras partes del ordenamiento jurídico (acceso a los ficheros de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento automatizado, o sobre acceso a datos personales de parlamentarios y otros políticos).

Pocas dudas puede haber de que tras algunas de estas cuestiones subyace el problema del alcance de las facultades revisoras de la jurisdicción

y la posible oposición de algún tercero en que no se facilite el acceso. Sin embargo, no admite realmente discusión que la Jurisdicción contencioso-administrativa tenga competencia para el conocimiento de todas ellas, aplicando los criterios generales que suministra nuestra Constitución.

Ahora bien, es difícilmente discutible, apreciando la normativa vigente, que la Administración pueda negarse a facilitar a los jueces los documentos que custodia, incluso en el supuesto de que se trate de aquellos de difusión restringida o limitada, porque de ordinario la legislación exime a los jueces de las limitaciones que pudieran establecerse con carácter general. Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, reguladora del régimen electoral general, cuando dispone que «queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial».

La única peculiaridad que podría extraerse es la referida al control judicial de las excepciones derivadas de la seguridad y defensa del Estado, y en la medida en que pueda ser preciso determinar esos «conceptos» por parte de los órganos jurisdiccionales.

Es decir, si la inclusión de una determinada información en el ámbito de las tradicionalmente llamadas «materias reservadas» o «secretas», es o no correcta. En estos casos, no cabe duda alguna de que la tensión que se produce entre una presunta merma injustificada del derecho de acceso y la necesidad de que efectivamente la información quede al margen del principio de publicidad es, realmente, intensa. Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, sobre los llamados «papeles del CESID», son el más claro ejemplo en nuestro derecho de dicha tensión.

Por otro lado, la titularidad del derecho de acceso viene otorgada por la simple posesión de la cualidad de ciudadano-administrado (recordemos que el acceso a los archivos y registros administrativos es uno de los derechos proclamados en el art. 35 LRJAPC que ha venido a establecer el *estatuto del administrado*, según se ha convenido en calificar).

Sin embargo, en supuestos concretos, no basta la simple titularidad del derecho, sino que es preciso un requisito específico de legitimación. En este sentido, se pueden distinguir dos supuestos diferentes:

a) *El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas (art. 37.2 Ley 30/92)*. Aquí la expresión «intimidad» debe entenderse como una directa traslación de la referencia que también aparece en el propio art. 105 b) CE. En ese supuesto, los sujetos legitimados para el acceso no sólo las personas respecto a las que se poseen esos datos y quienes, también, pueden pedir la rectificación de menciones incompletas o inexactas, salvo que figuren en expedientes que por el tiempo ya estén caducados. El problema está, sin duda, en la extensión del concepto de intimidad, problema en el que, de forma ge-

neral y sistemática, no puedo entrar ahora pues es, precisamente, objeto específico de una de las sesiones de este curso.

b) *El acceso a los documentos nominativos en los que se haga referencia a la intimidad (art. 37.3 Ley 30/92)*. En este supuesto el primer problema jurídico a plantear es el del concepto de documento de carácter nominativo. Podemos decir que, en términos generales, lo sería todo aquél que permite, de forma directa o indirecta, la identificación de las personas.

En este segundo supuesto el ejercicio del derecho puede hacerse valer por sus titulares y, además, por los terceros que acrediten un interés legítimo y directo, expresión ciertamente algo alambicada, y que, en algunos casos, habría que juzgar como contradictoria con la recepción en nuestro ordenamiento jurídico del derecho comunitario europeo. Así, por ejemplo, la Directiva del Consejo de 31 de diciembre de 1992 sobre medio ambiente (art. 3.1: «los estados miembros harán lo necesario para que las autoridades públicas estén obligadas a poner la información relativa al medio ambiente a disposición de cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado»). En todo caso, tampoco puede ejercerse el derecho por terceros en relación a los procedimientos de carácter sancionador o disciplinario que no les afecten.

Ahora bien, desde una estricta perspectiva procesal, en el art. 19.1 a) LJCA se habla de que están legitimados ante el orden contencioso-administrativo los que, precisamente, *ostenten un derecho o interés legítimo*. La legitimación es, por tanto, la aptitud para ser parte en un proceso contencioso-administrativo. Y, como es bien sabido, tal situación procesal se manifiesta desde la vertiente activa, para demandar, como desde la pasiva, para ser demandado.

Así las cosas, legitimado activamente está quien puede acceder a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para, ejercer así su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución).

En la jurisprudencia constitucional que interpreta el derecho fundamental que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución, encontramos abundantísimas declaraciones en el sentido de que dicho derecho reconoce a todas las personas la obtención de una tutela efectiva de los jueces y tribunales, «en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, derecho cuyo primer contenido, en un orden lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» (STC 115/1984).

Plantear una demanda contra cualquiera de las administraciones públicas con el fin de conseguir uno de los objetivos que la nueva ley regu-

ladora de esta jurisdicción ha abierto frente a las administraciones es, así, una posibilidad que además han aumentado espectacularmente en relación con el pasado. Ahora, los demandantes pueden exigir, no sólo la anulación de un acto o un acuerdo administrativo, expreso o tácito, o de una disposición de carácter general de rango inferior a la ley, en ambos casos, sea en todo o en parte, y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, con la declaración de responsabilidad por los daños y consiguiente compensación, sino también plantear una cuestión de ilegalidad, solicitar una condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones o el cese de actuaciones constitutivas de «vía de hecho», lograr una medida «cautelar» de carácter positivo e incluso pedir que se declaren inválidos acuerdos de los gobiernos –estatal y autonómicos– de naturaleza no estrictamente administrativa.

En definitiva, al ampliarse extraordinariamente las posibilidades de control por parte de los *jueces administrativos* respecto de cualesquiera acciones o inactividades de los poderes públicos, con la superación definitiva del esquema «revisor» de la jurisdicción, debemos considerar automáticamente expandido el alcance de las facultades o aptitudes del administrado en orden al planteamiento de demandas contra cualesquiera administraciones y entidades públicas. En este sentido en la novísima Ley de la jurisdicción de 1998, y desde la perspectiva del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, se puede destacar, sintetizando, lo siguiente:

1) La generalización del interés legítimo, como elemento suficiente para que cualquier persona física o jurídica que lo invoque pueda acceder al orden jurisdiccional.

2) La utilización de la «afectación» para justificar el acceso a la jurisdicción de las organizaciones de todo tipo, incluidos los grupos sin personalidad, con invocación del interés legítimo colectivo a defender.

3) La universalización de la posibilidad de plantear conflictos jurídicos entre las propias administraciones y demás entidades públicas.

4) La habilitación general de las entidades públicas personificadas dependientes de las administraciones públicas para impugnar decisiones que «afecten al ámbito de sus propios fines»; y

5) La facultad de las administraciones para optar directamente por el recurso judicial en la anulación de sus propios actos, por motivos de levedad para el interés público.

Cabe llamar la atención que la sustitución de la necesidad de ostentar un interés «directo» por la actual de interés «legítimo» se produce a partir de una traslación literal de la fórmula del artículo 24.1 de nuestra Constitución, incorporada a la reforma del procedimiento administrativo a través de la Ley 30/92, y, mucho antes, a la Ley orgánica del Poder Judicial de 1985. Aunque no deja de ser curioso que para explicar la le-

gitimación sea preciso recurrir al interés «legítimo», lo que puede constituir una problemática redundancia.

No ofrece, por tanto, especiales dificultades sostener que una de las peculiaridades del derecho de acceso es su titularidad, atribuida constitucionalmente a los ciudadanos, con independencia de que en ellos concurra o no un elemento añadido de interés legítimo en relación con el contenido de la información administrativa en cuestión (que además es el criterio constitucional para reconocer legitimación activa a los ciudadanos). Porque, en definitiva, en estos casos es el hecho de ser ciudadanos el que rellena de contenido a la relevancia que la Constitución atribuye el principio de transparencia administrativa.

Pero nada obsta a que quien ejerza este derecho posea, además, una cualificación específica de su interés respecto al objeto de la información a la que pretende acceder. Pues en estos casos, el derecho de acceso cumple una *función instrumental* al servicio del derecho a la plena defensa y, en su caso, a la tutela judicial efectiva, en la medida en que, con independencia del trámite de audiencia, el conocimiento de lo actuado puede ser de utilidad para conocer si es procedente o no promover la actividad jurisdiccional o para determinar incluso la posición jurídico-procesal que realmente puede ocuparse, y, en fin, los criterios que, en última instancia, y en atención a los mismos, pueda configurarse el sentido de la tutela judicial efectiva en el orden administrativo.

Un supuesto especial de legitimación sobre el que quiero llamar la atención es el que se plantea en relación a la posibilidad del ejercicio del derecho de acceso por parte de las administraciones o los poderes públicos. El problema a enunciar es si las administraciones públicas o los poderes públicos en general pueden ser *titulares* del derecho para poder acceder así a los documentos que estén en los archivos de otras administraciones públicas. Para dar respuesta a dicha cuestión hay que distinguir entre dos formas distintas de actuación de la Administración pública que pretendiera, en su caso, ejercer este derecho de acceso: que lo hiciera para propiciar o facilitar el ejercicio de sus propias competencias como poder público o que, por el contrario, la pretensión a ejercitar estuviera en relación con el ejercicio de las competencias de la Administración poseedora de los archivos frente a la que la Administración actora ha tenido –o podría tener– una actuación semejante a la de un particular. Por ejemplo, ha sido expropiada u objeto de cualquier otra medida propia del derecho administrativo que entra dentro de las competencias de la primera.

En este segundo caso, no hay duda de que también las administraciones públicas son titulares del derecho de acceso a los archivos y registros de otras administraciones, y no habría, por tanto, motivos para conferir a la Administración, en este caso, una posición jurídicamente más

débil que la que tendría en el mismo supuesto el ciudadano. Y todo ello, sin olvidar que el Tribunal Constitucional ha declarado que las administraciones públicas pueden ser titulares de derechos fundamentales.

En el caso, sin embargo, de que se pretendiera ejercitar competencias propias de las distintas administraciones reconocidas por el derecho público, difícilmente podríamos llegar a la misma conclusión, sin forzar la naturaleza y encaje de la institución de que estamos hablando. En estos otros supuestos, hay que llevar la cuestión al deber genérico de colaboración que en nuestro ordenamiento jurídico es un presupuesto de la actividad relacional entre todas las administraciones públicas, según ordena el art. 4.1º c) y d) Ley 30/92. A estos efectos en dicho precepto legal se establece que las administraciones «podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud» (apartado 2º). La negativa a dicho requerimiento podrá existir sólo «cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a sus intereses o al cumplimiento de sus propias funciones (apartado 3º).

Naturalmente que este planteamiento deja, en el fondo, a merced de la Administración solicitada el cumplimiento del requerimiento. Es claro que frente a una negativa expresa o presunta cabría teóricamente el recurso contencioso-administrativo, y que, en su caso, conduciría a que los tribunales pudieran corregir las negativas de acceso injustificadas. Sin embargo, no se puede desconocer que, al contrario de lo que sucede en la relación Administración-ciudadanos, las relaciones interadministrativas están marcadas por una serie de principios de derecho público que deben, necesariamente, marcar límites y condiciones de esas relaciones para preservar otro tipo de valores que también merecen la protección del ordenamiento jurídico. Así, algún ejemplo encontramos en la legislación y que marca ya el campo de juego que, a partir del deber de colaboración, es exigible a la comunicación documental interadministrativa: en el art.6 de la Ley de la función estadística pública se permite el trasvase de datos estadísticos pero dentro de las pormenorizadas condiciones que luego son reguladas por el art. 15 de ese mismo texto legal.

No cabe duda de que en estos supuestos la Administración pública de que se trate goza de legitimación procesal (la Administración del Estado para impugnar los actos en este sentido que puedan producirse en las administraciones de las comunidades autónomas, de los entes locales, o de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización; la Administración de las comunidades autónomas, y la de los entes locales para impugnar los actos que puedan afectar al ámbito de su autonomía respectiva). Y es que la nueva Ley jurisdiccional parece apostar decididamente por la universalización de la fórmula de conflictos entre las administraciones, lo que, no obstante, parece coherente con los principios

que vertebran la distribución competencial en nuestra organización territorial.

Por último, las administraciones pueden acudir a la técnica de la declaración de lesividad, cuyo sentido no es necesario precisar aquí, para impugnar sus propios actos; una medida relativamente novedosa, porque faculta a las administraciones para el acceso directo de sus propios actos ante la jurisdicción, sin atenerse obligadamente a la fórmula de revocación o revisión de oficio.

3. Particularidades sobre el derecho de acceso a los archivos y registros públicos en el desarrollo de la fiscalización judicial en el contencioso-administrativo y la tutela judicial de naturaleza cautelar

No sería necesario recordar que la intervención judicial será siempre un remedio *ex post* con origen en la infracción legal del deber a cargo de la Administración de facilitar el acceso a los archivos y registros. De ahí que sólo con dificultad pueda desempeñar fines preventivos, sin perjuicio del disuasorio o propedéutico, limitándose a poner fin a la actitud obstruccionista de la Administración, si ésta es contraria a derecho. En relación con este aspecto de la utilidad material del control judicial que desde la Constitución sabemos que se exige que sea efectivo, siempre estarán en juego, como dijimos más atrás, el problema de la extensión y contenido de los poderes del juez ante la Administración.

Adentrados ya en la mecánica de los presupuestos procesales, la primera cuestión que surge es si en los términos generales de la Ley de la jurisdicción (art. 48) la Administración debe remitir el expediente administrativo completo al órgano jurisdiccional. La regulación de este trámite ha experimentado notables variaciones en la nueva ley que ha intentado establecer las garantías para lograr la pronta y completa remisión del expediente administrativo al órgano judicial que conoce del recurso contencioso. Las novedades se refieren, sobre todo, a la forma de remitir los expedientes y al contenido de éstos, introduciéndose las reglas precisas, algunas de las cuales son más propias de la legislación de procedimiento administrativo que de la Ley jurisdiccional.

En lo que más directamente nos atañe ahora habría que preguntar si se debe incluir la documentación cuyo conocimiento es, precisamente, el objeto material del proceso. O, planteado en términos de interrogación: ¿el juez debe decidir si puede o no conocerse la información pretendida sin saber en qué consiste la misma?

A mi juicio, que el juez pueda conocer de los documentos me parece fuera de toda duda.

Ello no obstante, es posible que existan limitaciones a esta cláusula general de enjuiciamiento, derivados del mantenimiento rígido del régimen establecido de secreto en relación a determinados documentos, con lo que se produce una peculiar limitación del ámbito efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva, justificado en el mantenimiento de otras finalidades dignas de protección. En este sentido debe hacerse notar que en el número 6 del art. 48 de la Ley jurisdiccional, se señala que «se excluirán del expediente, mediante resolución motivada, los documentos clasificados como secreto oficial, haciéndolo constar así en el índice de documentos y en el lugar del expediente donde se encontraran los documentos excluidos».

Regla específica ésta que no se ajusta bien con la función de control judicial al no haber previsto excepción de ningún tipo para aquellos casos en que se trate, precisamente, de revisar la propia decisión administrativa de excluirlos del régimen ordinario de la publicidad.

En nuestro Derecho, la Ley orgánica del Tribunal Constitucional incorpora una previsión realmente sugerente a estos efectos, que no conoce parangón en la ordenación de las facultades y competencias de los órganos judiciales. Pues bien, con la finalidad sin duda de permitir una decisión plenamente fundada del asunto que se somete al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, el artículo 88.2 establece que «el tribunal dispondrá de las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones». Con lo que nuestro legislador ha estimado conveniente que el Tribunal Constitucional tenga un conocimiento pleno del supuesto de hecho –el tribunal puede recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional–, intentando garantizar, a la par, el respeto al secreto legal. Una previsión de la que el tribunal no ha hecho uso en estos veinte años de justicia constitucional, quizá consciente de que su ejecución es realmente dificultosa, aunque sea previsible que, frente al incumplimiento de tal garantía, se habilite en favor del perjudicado la oportuna acción de responsabilidad.

A similares conclusiones puede llegarse en el análisis de las facultades del Defensor del Pueblo, que, como es sabido, tiene competencias para supervisar la actividad de la Administración, según dispone el art. 1 de la Ley orgánica 3/1981, que regula a esta institución. Para el cumplimiento de las finalidades atribuidas, la ley orgánica establece que el Defensor podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, los cuales no pueden negarle el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que esté relacionada con la actividad o servicio objeto de investi-

gación. El régimen de actuación de él incluye también los supuestos en que fuera preciso también que el Defensor del Pueblo acceda a archivos o registros en los que se contengan documentos declarados secretos de acuerdo con la ley.

En este último supuesto, la ley ha optado porque prevalezca la finalidad encomendada al Defensor, abatiendo el régimen propio de los documentos secretos, bien que pretendiendo que existan ciertas garantías. En efecto, el Defensor del Pueblo tiene siempre la posibilidad de inspeccionar tal documentación, salvo en el caso de que el Gobierno la deniegue. En este caso, la no remisión de los documentos que haya solicitado el Defensor del Pueblo deberá ser acordada por el Consejo de Ministros «y se acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio» (art. 22 Ley orgánica 3/1981). A todo ello se añade la obligación, tanto para el Defensor del Pueblo como para el personal adscrito a dicha institución, de verificar los trámites procedentes «dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos».

Podría manejarse, finalmente, la cuestión de si la revisión jurisdiccional alcanza a la clasificación de un documento como excluido de la publicidad; esta cuestión no parece que ofrezca dudas respecto al ámbito que constituye el derecho de intimidad o la averiguación de los delitos, ya que el órgano jurisdiccional puede valorar tales extremos. Y no otros son, precisamente, los que constituyen la esencia del control judicial frente a acuerdos que resuelven peticiones en ejercicio del derecho que contempla el art. 105.b) de la Constitución.

Porque cuando el control judicial se extiende al enjuiciamiento de una denegación administrativa de información, para valorar si la restricción es o no correcta, parece razonable que se haga preciso analizar la información. A este extremo, por tanto, deberían alcanzar las facultades judiciales, y sin perjuicio de que para salvar el carácter contradictorio del proceso, que exige la comunicación a todas las partes de las actuaciones producidas, no se permita a la otra parte –por lo general, a la demandante– la vista de tal documentación en lo que se refiere a los documentos, cuya denegación de comunicación constituye el objeto del recurso.

Por otra parte, en la nueva Ley de la jurisdicción de 1998 se caracterizan las medidas cautelares como un instrumento de garantía de la efectividad de la resolución judicial que definitivamente ponga fin al proceso. En este sentido la ley no ha limitado la posibilidad ni la identidad

de dichas medidas, y, así, se habla de «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (art. 129.1 LJCA). Por ello se puede afirmar que ha consagrado una cláusula general de medidas innominadas (salvo para los reglamentos, que parece prever solamente la suspensión). Resulta, por tanto, que el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista. Las circunstancias, elementos del conflicto y la índole de la pretensión a decidir en la sentencia, serán los que puedan concretar la medida adecuada al caso.

A diferencia de lo que ocurre en el recurso administrativo, donde la suspensión puede acordarse de oficio o a instancia de parte (art. 111.2 Ley 30/11992), en el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares se adoptan sólo a instancia de parte. Rige, pues, como sucede en el proceso civil, el principio dispositivo y no cabe, por tanto, que el órgano judicial pueda de oficio adoptar dicha medida en un procedimiento en el que esté en juego el acceso a un registro o archivo administrativo. Si, como acaba de decirse, la adopción de medidas cautelares se rige por el principio dispositivo, es lógico pensar que, como consecuencia de ello, la decisión del órgano judicial queda sujeta al principio de congruencia. Ya que el recurrente puede ahora solicitar cuantas medidas sirvan para asegurar la efectividad de la sentencia, parece razonable que la medida provisional a adoptar por el juez tenga que ser alguna de las que hubieran sido solicitadas por las partes.

Ahora bien, que el principio de congruencia resulte aplicable a la resolución provisional –como, por lo demás, vienen aceptando nuestros tribunales– no significa que su alcance sea el mismo que el que despliega en relación con la sentencia, dadas las singulares características de la tutela cautelar. La especial urgencia con la que, en muchos casos, han de solicitarse; la provisionalidad que por definición las caracteriza; la posibilidad de que sean modificadas o revocadas si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se adoptaron (*rebus sic stantibus*); y, sobre todo, la dificultad de conciliar, en tales circunstancias, intereses claramente contrapuestos (el interés del demandante; el interés público que, en principio, reclama la del acto impugnado; y, en su caso, los intereses de terceros) hacen de estas específicas medidas y, sobre todo, del juicio cautelar, una decisión especialmente difícil de adoptar que reclama, en consecuencia, una aplicación flexible del principio de congruencia.

Pero no es sólo eso, es sobre todo la naturaleza *funcional* de las medidas cautelares lo que determina que el principio de congruencia tenga un alcance distinto –en el sentido de más reducido– en el juicio cautelar que en el juicio principal. Ello es así porque mientras que las pretensiones de las partes en relación con el fondo del asunto pueden ser de contenido muy diverso, las pretensiones de tutela cautelar van a ir siempre a remolque de las ejercidas con carácter principal, respecto de las cuales

carecen de autonomía por constituir un mero instrumento al servicio de su efectividad. Con ello quiere decirse que tanto en su solicitud, como en su adopción, las medidas se encuentran constreñidas por su relación de dependencia de la pretensión principal, todo lo cual implica, en definitiva, que cualesquiera que fuesen los términos literales en los que se formula una solicitud de tutela cautelar, *la sustancia de lo pedido*, que, es, a lo que ha de atenerse, según el Tribunal Supremo (STS de 25 de mayo de 1995), el órgano judicial, siempre será la necesidad de preservar, asegurándola, la efectividad de la sentencia, con lo cual siempre que la medida adoptada cumpla esa finalidad, el órgano judicial estaría respetando el principio de congruencia, ya que, en último término, se habría atendido a la sustancia de lo solicitado, aunque en sentido estricto no haya respetado su literalidad.

Por consiguiente, el juicio cautelar despliega toda su virtualidad, y a la resolución que se dicte sólo se le impone una racional adecuación de lo dispuesto a las pretensiones de las partes, no exigiendo otra cosa sino que, según la Sentencia de 18 de julio de 1997, «el tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad». Además, las mismas circunstancias que justifican la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* (arts. 135 y 136 LJCA) o, incluso, antes de la interposición del recurso (art. 136), permiten, a mi juicio, que el órgano judicial pueda adoptar una medida distinta de la solicitada si la considera más adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia, en este caso, la que condene a la Administración a la exhibición del documento requerido o que proceda a remover los obstáculos que impiden el acceso del particular al archivo o registro correspondiente.

La especial urgencia de la petición de tutela judicial cautelar se manifiesta en aquellos casos en que el particular se halla en el trance previo de reunir la información administrativa necesaria para tomar conocimiento de su situación y derechos frente a los poderes públicos, o frente a otros terceros. En este sentido, se ha previsto en la Ley jurisdiccional de 1998 que a diferencia del régimen común donde, como es sabido, la adopción de las medidas cautelares se concibe como una excepción a la regla general de la ejecutividad («...la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando...» (art. 130 LJ), en este régimen especial la adopción de la medida cautelar constituye la regla («el juez o tribunal (...) adoptará la medida...» (art. 136 LJ). Para ello es presupuesto que concurran en el caso «circunstancias de especial urgencia», adoptándose la medida «sin oír a la parte contraria», y sin que contra el auto judicial que la resuelve quepa recurso alguno. No obstante, en esa misma resolución el juez o tribunal deberá convocar a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes; «vistilla» que tendrá así por objeto el levantamiento, mantenimiento o modificación de

la medida cautelar que hubiera sido acordada. Y esta resolución sí que es recurrible de conformidad a las reglas generales.

Pero, la ley ha contemplado también un marco singular para la adopción de medidas cautelares precisamente en los supuestos de inactividad administrativa en sus distintas manifestaciones (art. 29 LJ) y vía de hecho (art. 30 LJ). En estos casos la adopción de medidas provisionales no responde a la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia, evitando que la ejecutividad de lo impugnado –la no ejecutividad, en los supuestos del art. 29 LJ– haga perder al recurso su finalidad, sino que basta simplemente con que se den los supuestos descritos en los artículos 29 y 30 de la Ley de la jurisdicción.

Sin embargo, la fórmula elegida por el artículo 136.1 LJ para definir el presupuesto de la adopción de las medidas cautelares en los casos de inactividad y vía de hecho no parece muy afortunada. Porque tratándose de supuestos en los que la adopción de las medidas cautelares –que es, además la regla– se basa sólo y exclusivamente en la «apariencia de buen derecho» (*fumus boni iuris*), no sería mucho pedir que el que las solicita aporte los elementos de hecho y de derecho necesarios para demostrar la apariencia, y sólo la apariencia, de ilegalidad administrativa.

El artículo 136.1 LJ añade otra excepción, y es la de que la medida solicitada pueda ocasionar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En contra de lo que podría parecer a primera vista, el mecanismo de funcionamiento de esta excepción es el mismo que el previsto en el régimen general de las medidas cautelares (art. 130.3 LJ). Es decir, el hecho de que se den las circunstancias mencionadas –posibilidad de que los intereses generales o de tercero puedan sufrir una perturbación grave como consecuencia de la adopción de la medida cautelar peticionada–, no implica necesariamente que tenga que denegarse la medida en cuestión, sino simplemente que *puede* denegarse. El artículo 136.1 no dice que las medidas cautelares se adoptarán salvo que se produzca una perturbación de las citadas características, en cuyo caso no se adoptarán, sino que remite al juez la decisión de adoptarlas o no, una vez ponderados todos los intereses en presencia, y siempre, eso sí, que se dé el requisito de la apariencia de ilegalidad en la actuación administrativa. 

EL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HISTÓRICA

Juan Manuel Alegre Ávila

Profesor titular de derecho administrativo
de la Universidad de Cantabria

1. Presupuestos constitucionales del patrimonio histórico español

1.1 El artículo 46 de la Constitución y la Ley del Patrimonio histórico español de 1985

El artículo 46 de la Constitución española de 1978 (inserto en el capítulo III del título I: «De los principios rectores de la política social y económica») dispone:

«Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del Patrimonio histórico, cultural y artístico de España y de los pueblos que la integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

Encomienda que halló su plasmación legislativa en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio histórico español (en adelante, LPHE), y cuyo dictado obedeció, según puede leerse en su preámbulo, al designio de lograr estos tres objetivos, a saber: superar la dispersión normativa a que, desde la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio histórico-artístico nacional, condujo en este sector del ordenamiento jurídico la introduc-

ción de diversas fórmulas con las que afrontar situaciones no previstas o inexistentes en 1933; la incorporación a la legislación interna de los nuevos criterios para la protección y conservación de los bienes históricos y culturales adoptados por los organismos representativos de la comunidad internacional y plasmados en numerosas convenciones y recomendaciones suscritas y observadas por España; y, en tercer lugar, dar respuesta a la necesaria distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas (preámbulo, III).

En esta tesitura, la LPHE, verdadero código de nuestro Patrimonio histórico, consagra, en línea con la concepción italiana de los bienes culturales que alumbrara a mediados de los sesenta la llamada Comisión FRANCESCHINI y teorizara en 1976 Massimo Severo Giannini, «una nueva definición de patrimonio histórico y amplía notablemente su extensión» (preámbulo, IV), al comprender, siempre según los términos del preámbulo LPHE, «los bienes muebles e inmuebles que lo constituyen, el Patrimonio arqueológico y el etnográfico, los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio documental y bibliográfico»; buscando, en suma, «asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquélla como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico» (preámbulo, IV), en línea, así, con la caracterización de su objeto, el ahora rotulado como Patrimonio histórico español, como «principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea».

1.2. El reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de Patrimonio histórico

Como se ha señalado, una de las razones que estuvieron en la base de la revisión de la legislación de los bienes históricos fue, precisamente, la acomodación del marco normativo anterior a 1985 a los criterios de reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. Unos criterios que, en lo sustancial, se desprenden de dos textos (amén del art. 149.2 C.E., expresamente citado, junto con los arts. 44, 46, 149.1.1 y 149.1.28 del texto constitucional, por el art. 2.1 LPHE, en cuanto fundamento de la competencia del Estado en este ámbito, en cuya virtud, y sin perjuicio de las competencias que puedan asumir las comunidades autónomas, «el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las comunidades autónomas, de acuerdo con ellas»), los recogidos en los arts. 148.1.16 y 149.1.28 C.E. Preceptos que, respectivamente, asignan a la competencia

de las comunidades autónomas, según lo dispuesto en sus estatutos de autonomía, el «patrimonio monumental de interés de la comunidad autónoma», en tanto que como competencia exclusiva del Estado se consigna la «defensa del patrimonio cultural, archivístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las comunidades autónomas».

Pues bien, el entendimiento que la LPHE plasmó del ámbito competencial del Estado puede sintetizarse así: a) el Estado devenía competente para dictar una ley general en materia de patrimonio histórico; una ley que, sin perjuicio de su desarrollo o complemento por las comunidades autónomas, diseñara el régimen jurídico, en sus trazos básicos o definitorios, de dicho patrimonio; b) el grueso de las competencias ejecutivas se entregaba a las comunidades autónomas (art. 6 a) LPHE), salvo que la intervención de la Administración del Estado fuera requerida de modo expreso por la propia LPHE o resultara necesaria para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación, o se tratara de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio nacional (art. 6 b) LPHE).

Uno de los supuestos en que la LPHE reclamaba la intervención (ejecutiva) de la Administración del Estado era, justamente, a la hora de proceder a la declaración de Bien de Interés Cultural, la más importante de las categorías de protección previstas en la LPHE (arts. 1.3 y 9.1), en la medida en que, sin perjuicio de la incoación y tramitación de los oportunos expedientes por las correspondientes comunidades autónomas, aquella declaración debía efectuarse por real decreto del Gobierno de la Nación. Competencia que la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero (fundamento jurídico 10º) restringió notablemente, al constreñir la potestad de declaración a los supuestos *nominationim* en el art. 6 b) LPHE, esto es, cuando se tratara de bienes del Patrimonio histórico español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o pertenecientes al Patrimonio nacional, de suerte que en todos los demás casos las comunidades autónomas, en virtud de lo dispuesto en sus estatutos de autonomía, devenían apoderados no sólo para incoar y tramitar los expedientes de declaración sino también para dictar las oportunas resoluciones.

El referido pronunciamiento constitucional (típica sentencia interpretativa de rechazo... de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos) abrió así paso en materia de Patrimonio histórico al más amplio ejercicio de las potestades legislativas autonómicas. Unas potestades que, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado sobre exportación y expoliación (concepto este último definido en el art. 4 LPHE, avalado por la citada STC 17/1991 como título habilitante

de la competencia legislativa del Estado, y fundamento de la regulación incorporada al art. 57 bis del Real decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, según redacción introducida por el Real decreto 64/1994, de 21 de enero, de modificación de aquél), así como sobre museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal (con el alcance en este caso de lo dispuesto en la STC 103/1988), ha encontrado su traducción en el dictado de una serie de leyes autonómicas de carácter general, y cuya imbricación en el ordenamiento estatal de los bienes históricos no siempre es de fácil intelección. Leyes de las que en este momento, y por orden cronológico de aparición, conviene dejar constancia:

- ≡ Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio histórico de Castilla-La Mancha.
- ≡ Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio cultural vasco.
- ≡ Ley 1/1991, de 3 de julio, del Patrimonio histórico de Andalucía.
- ≡ Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio cultural catalán.
- ≡ Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio cultural de Galicia.
- ≡ Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio cultural valenciano.
- ≡ Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid.
- ≡ Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio cultural de Cantabria.
- ≡ Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio histórico de las Illes Balears.
- ≡ Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio cultural aragonés.
- ≡ Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio histórico de Canarias.
- ≡ Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio histórico y cultural de Extremadura.

2. Estructura y contenido de la ley del patrimonio histórico español de 1985

Expuestas más arriba las razones que impulsaron al legislador de 1985 a dictar una nueva regulación del hoy llamado Patrimonio histórico, interesa, antes de examinar las líneas maestras de la LPHE, describir su estructura y contenido, a fin de llevar a cabo una primera aproximación al régimen jurídico de los bienes integrantes del Patrimonio histórico español. En este sentido, ha de indicarse que la Ley 16/1985, de 25 de junio, asume buena parte de las técnicas de protección ensayadas tradicionalmente en derecho español, erigiéndose en directa recipiendaria de las soluciones del Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1981.

En efecto, la LPHE, conocida como Ley Solana, responsable en cuanto titular de la cartera de Cultura de la presentación a las Cortes del correspondiente proyecto, adopta una denominación novedosa en derecho español, la de «Patrimonio *histórico* español», prescindiendo así del calificativo «artístico» que había lucido en la hasta entonces vigente Ley de 13 de mayo de 1933. Cambio de denominación que no obedece al mero prurito innovador, sino que es consecuencia, como decía, de la nueva concepción que intenta plasmar, una concepción que, tributaria de la doctrina italiana de los «bienes culturales», concibe a los bienes integrantes de aquel patrimonio como «el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea», como «riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal» (preámbulo LPHE, I y IX). Esto es, concibe el Patrimonio histórico español, no ya como un conjunto exquisito de creaciones artísticas, sino como el resultado de la evolución de la cultura española en su evolución histórica, evolución que ha ido desgranando una serie de testimonios materiales expresivos de la radical dimensión de historicidad del ser humano.

Pues bien, la referida concepción de la LPHE intenta plasmarse normativamente a lo largo de 78 artículos estructurados en un título preliminar y nueve títulos, a los que han de añadirse 8 disposiciones adicionales, 8 transitorias, una disposición final y una disposición derogatoria, amén de un preámbulo en el que se condensan las ideas cardinales de la ley.

A) En el título preliminar (arts. 1 a 8) se contienen las llamadas «disposiciones generales», en las cuales se definen el objeto de las competencias de la Administración del Estado y se enumeran los organismos consultivos y de asesoramiento de la Administración pública del Patrimonio histórico; se exponen los conceptos, ciertamente nucleares en el entramado de la ley, de «expoliación» y «exportación»; se señala qué ha de entenderse por organismos competentes a los efectos de ejecución de la LPHE; se fijan los deberes y las competencias de los ayuntamientos en la protección de los bienes que integran el Patrimonio histórico y, finalmente, se dibujan los deberes y las facultades de los ciudadanos en la labor de preservación de la integridad de aquel patrimonio, siendo de destacar en este sentido la consagración de la llamada acción pública o popular como remedio enderezado a implicar a los ciudadanos en la tarea de protección y salvaguardia del Patrimonio histórico español.

B) El título I LPHE (arts. 9 a 13) se intitula «De la declaración de bienes de interés cultural». La de Bien de interés cultural es denomina-

ción novedosa en el derecho español de los bienes históricos, y aglutina a aquellos bienes que, integrados en el genérico Patrimonio histórico español, son merecedores de una «singular protección y tutela». De ahí que los bienes declarados de interés cultural (noción más restringida y técnicamente más precisa que la italiana «bienes culturales», no obstante las reminiscencias, semánticas y conceptuales, presentes en aquélla) se inserten en la más intensa categoría de protección prevista en la LPHE; inserción que supone la aplicación de un régimen jurídico de carácter estatutario (común, por lo demás, a todos los bienes que forman parte del Patrimonio histórico español, aun cuando de una intensidad diferente según los supuestos) y que se traduce en la imposición de un conjunto de deberes a los propietarios y titulares de derechos sobre estos bienes, deberes que, sin embargo, van acompañados de la previsión en favor de aquéllos de una serie de medidas (básicamente, de carácter fiscal) configuradas «como fomento al cumplimiento de los deberes, y en compensación a las cargas» impuestas por la ley, en la rigurosa definición del art. 69.1 LPHE. Como ya se dijo, y luego de la STC 17/1991, la declaración de Bien de interés cultural (salvo que se haya efectuado directamente por la ley, como ocurre en el supuesto previsto en el art. 40 LPHE) es consecuencia de la previa instrucción y resolución de un expediente administrativo por parte de la correspondiente comunidad autónoma, declaración seguida de la inscripción del bien en el registro general de bienes de interés cultural del art. 12 LPHE.

c) El título II LPHE (arts. 14 a 25) se dedica a la regulación de los bienes inmuebles del Patrimonio histórico español. Bienes inmuebles que podrán ser declarados bienes de interés cultural (art. 14.2) como monumentos, conjuntos y sitios históricos, así como zonas arqueológicas. Pues bien, la regulación de los bienes inmuebles constituye una de las grandes novedades de la LPHE, por cuanto (y recogiendo las consecuencias derivadas de la experiencia aplicativa de la Ley de 13 de mayo de 1933, así como haciéndose eco de las más actuales exigencias de la tutela monumental) el legislador de 1985 ha imbricado la protección de la riqueza inmobiliaria de carácter histórico en el marco más amplio y adecuado de las técnicas urbanísticas de protección, especialmente en lo relativo a las agrupaciones o conjuntos de inmuebles (conjuntos y sitios históricos, zonas arqueológicas). De este modo, la LPHE ha consagrado la necesidad de redactar los correspondientes planes especiales de protección de los conjuntos y sitios históricos, así como de las zonas arqueológicas, declarados bienes de interés cultural. Planes especiales que habrán de ser elaborados y aprobados de acuerdo con la normativa urbanística, si bien insertando en el trámite de elaboración de los mismos (y como exigencia inexcusable de intervención de la Administración del

Patrimonio histórico por razón de protección de los específicos valores históricos que están en la base de las oportunas declaraciones) el informe favorable de los órganos competentes para la ejecución de la LPHE (art. 20.1). El objetivo perseguido con la implantación de esta técnica de protección de los conjuntos monumentales es diáfano: se trata de configurar a la Administración urbanística municipal como la primera y principal responsable de la tutela inmobiliaria, objetivo que a su vez es tributario de la convicción de que los problemas creados por la tutela monumental han de enmarcarse y resolverse en la más amplia visión que proporciona el urbanismo y la planificación urbanística como módulos de resolución de las cuestiones atinentes a la ciudad.

D) El título III (arts. 26 a 34) tiene por objeto la disciplina de los bienes muebles del Patrimonio histórico español, cuestión tradicionalmente colocada en un segundo plano de las inquietudes y preocupaciones del legislador, dada la mayor relevancia atribuida a la riqueza inmueble. El art. 26, primero de los que integran el título III, se refiere a la confección del Inventario general de bienes muebles del Patrimonio histórico español, en el cual se incluirán aquellos bienes que, sin alcanzar el valor que justifica la declaración de Bien de interés cultural, tengan sin embargo singular relevancia. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de la categoría de bienes de interés cultural, en la cual podrán integrarse tanto bienes muebles como inmuebles, la de bienes del Inventario general del art. 26 LPHE sólo alcanza a los muebles, sin duda porque el legislador es consciente de la necesidad de establecer una gradación en el nivel de protección de la riqueza mobiliaria, protección que, de modo paralelo, se traduce en el establecimiento de diferentes cargas y deberes para los propietarios y titulares de derechos sobre los mismos, y que es consecuencia, por un lado, de la inviabilidad de configurar para los bienes muebles un único y uniforme régimen jurídico, y, por otro, y en sentido contrario, de la necesidad de disponer de los suficientes instrumentos que permitan conocer de una manera exhaustiva el conjunto de la riqueza mueble, más fácil de ser ocultada y dispersada que la inmueble. De este modo, y a través de las dos categorías de protección previstas y reguladas en la LPHE, la de bienes de interés cultural y la de bienes del Inventario general, se pretende lograr el más pleno y cabal conocimiento por parte de la Administración y, consecuentemente, la más eficaz protección de los bienes muebles que, a tenor del art. 1.2 LPHE, integran el Patrimonio histórico español.

En todo caso, ha de repararse en que la consecución de este objetivo dependerá de la amplitud de medios personales y materiales de que disponga la Administración (y no olvidemos que, de acuerdo con la filosofía que inspira la LPHE, concretada, entre otros extremos, en la previsión,

en el plano organizativo, del Consejo del Patrimonio Histórico Español, el art. 26.1 indica que el Inventario general será elaborado por la Administración del Estado en colaboración con las demás administraciones competentes, si bien en este punto del contenido de la STC 17/1991 parece desprenderse, como por lo demás confirma la práctica aplicativa de las comunidades autónomas que en sus correspondientes leyes han incluido categorías de protección asimilables a la contemplada en el art. 26 LPHE, que la indicada competencia se inscribe en el ámbito autonómico), así como el grado de cumplimiento de los deberes de los ciudadanos a la hora de confeccionar el Inventario general, deberes impuestos por el art. 26.2 LPHE.

Por lo demás, en el título III se regulan las diferentes vicisitudes atinentes a los bienes muebles. Así, se establece la prohibición de que los muebles declarados de interés cultural o incluidos en el Inventario general en posesión de instituciones eclesiásticas (y la prohibición se hace extensiva a todos sus bienes integrantes del Patrimonio histórico español durante los diez años siguientes a la entrada en vigor de la LPHE, según la transitoria quinta de la ley; plazo prorrogado por otros diez años, a partir de la entrada en vigor de la Ley 42/1994, por la disposición transitoria primera de esta última) puedan transmitirse por título oneroso o gratuito o cederse a particulares o entidades mercantiles, bienes que sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de derecho público o a otras instituciones eclesiásticas (art. 28.1, heredero del 41 de la Ley de 1933). Igualmente, y con independencia de las transmisiones que entre sí puedan efectuarse, o de los supuestos de cesión del art. 29 o de permuta del 34, las administraciones públicas no podrán enajenar los bienes muebles del Patrimonio histórico español de que sean propietarias (art. 28.2).

Asimismo, los art. 30 y siguientes LPHE regulan la exportación de bienes muebles del Patrimonio histórico español, los supuestos y condiciones en que podrá autorizarse la salida temporal de bienes exportables (los contemplados en el art. 5 LPHE, esto es, los declarados de interés cultural o expresamente inexportables por decisión administrativa), la importación de bienes interesantes para el Patrimonio histórico español, el ejercicio del derecho administrativo de preferente adquisición con ocasión de las solicitudes de autorización de exportación y la permuta de bienes muebles del Patrimonio histórico español.

E) En el título IV (arts. 35 a 39; «Sobre la protección de los bienes muebles e inmuebles») se contiene un conjunto de prescripciones que apelan al que podríamos denominar «núcleo duro» del régimen jurídico del Patrimonio histórico español y de los bienes que lo integran. En efecto, a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional que emplaza a los poded-

res públicos en la tarea de garantizar la conservación de aquel patrimonio (art. 46), así como de lograr la consecución de uno de los objetivos plasmados en el art. 1.1 LPHE, el título IV de la ley, marco de referencia inexcusable del régimen jurídico del Patrimonio histórico y complemento indispensable del conjunto de medidas dispuestas en los precedentes títulos II y III, sintetiza la idea matriz de todo ordenamiento protector y tuitivo de los bienes históricos, la exigencia de preservar y salvaguardar la integridad de los valores inherentes a los bienes del Patrimonio histórico español, aquellos valores por razón de los cuales se dispone un específico régimen de tutela y protección. La idea viene con toda claridad expresada en el art. 36.1 LPHE, que prescribe que «los bienes integrantes del Patrimonio histórico español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes. Deber de conservación, mantenimiento y custodia como núcleo del régimen tuitivo de los bienes históricos (trasunto del peculiar régimen estatutario de la propiedad histórica), que, en el caso de los más relevantes, los declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario general, impone que su utilización quede «subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación», así como a la exigencia de autorización administrativa de todo cambio de uso que en relación con los mismos pretenda efectuarse (art. 36.2 LPHE).

A partir de estas ideas, elementales pero dotadas de virtualidad configuradora del entero régimen jurídico del Patrimonio histórico, adquieren pleno encaje sistemático las medidas de protección previstas en el título IV LPHE. Así, los planes nacionales de información sobre el Patrimonio histórico español, elaborados y aprobados por el Consejo del Patrimonio Histórico Español, uno de cuyos objetivos es precisamente asegurar la protección de los bienes integrantes del Patrimonio histórico español (art. 35.1); la actuación de las medidas previstas en los números 3 y 4 del art. 36 (ejecución subsidiaria, concesión de ayudas con carácter de anticipo reintegrable, realización directa por la Administración de las obras necesarias e, incluso, expropiación por causa de interés social) en los supuestos de incumplimiento de los deberes de conservación, mantenimiento y custodia a que antes nos referíamos; la orden de suspensión de derribo o de cualquier clase de obra o intervención en los bienes de interés cultural (art. 37.1), orden que puede extenderse incluso al supuesto de bienes aún no declarados de interés cultural (art. 37.2); la expropiación de los bienes afectados por una declaración de interés cultural cuando los mismos se hallen en peligro de destrucción o deterioro, se haga de ellos un uso incompatible con sus valores, así como la expropiación de los inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la referida declaración (art. 37.3).

Y, en otro orden de consideraciones, es de destacar el deber impuesto a los poderes públicos de procurar por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes de interés cultural y de los incluidos en el Inventario general, a cuyo efecto se impone el sometimiento a autorización administrativa de todo tratamiento que pretenda realizarse en los mismos (art. 39.1), en el bien entendido de que las citadas conservación, consolidación y rehabilitación han de sujetarse en todo caso a las condiciones establecidas en el art. 39.2 LPHE (precisión respecto de la que pueden citarse dos muestras jurisprudenciales: la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 1993, en relación con el Teatro romano de Sagunto, confirmada por la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000, y la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 1995, a propósito del acondicionamiento de la calle Mayor de la Vila Vella de Tossa de Mar, Girona), como igualmente las restauraciones deben realizarse en los términos a que se refiere el número 3 del art. 39. Finalmente, y aunque su ubicación en el título de la ley dedicado a las medidas de protección quizá no sea el más adecuado, puesto que la justificación de esta potestad ha de localizarse en la idea de incrementar los patrimonios públicos de los bienes históricos, el art. 38 LPHE habilita a las administraciones públicas del Patrimonio histórico para que puedan ejercitar los derechos de tanteo y retracto con ocasión de las enajenaciones de bienes declarados de interés cultural o incluidos en el Inventario general del art. 26 LPHE.

F) Los títulos V, VI y VII LPHE regulan los llamados «patrimonios especiales», esto es, el arqueológico (arts. 40 a 45), el etnográfico (arts. 46 y 47) y el documental y bibliográfico, así como los archivos, bibliotecas y museos (arts. 48 a 66). Esta regulación en el seno de la Ley de 25 de junio de 1985 de conjuntos de bienes dotados de caracteres singulares que los individualizan como tales conjuntos, y que tradicionalmente se han localizado en textos independientes del que de una manera general regía el Patrimonio histórico-artístico nacional, esto es, la Ley de 1933 (en efecto, la disciplina de los bienes arqueológicos se hallaba en lo sustancial en la Ley de 7 de julio de 1911, sin perjuicio de lo que disponían los arts. 37 a 40 de la Ley del 33, en tanto que el llamado Tesoro documental y bibliográfico hallaba cobijo en la Ley de 21 de junio de 1972), obedece a la nueva concepción que hemos resaltado más arriba y que desde una perspectiva sistemática se traduce, como dice el preámbulo LPHE, en una nueva definición de dicho patrimonio y en una ampliación notable de su contenido.

Por otro lado, ha de repararse en el dato de que los bienes a que se refieren los títulos V, VI y VII LPHE tienen una propia y sustantiva denominación que los aglutina («Patrimonio arqueológico», «Patrimonio etnográfico», «Patrimonio documental y bibliográfico»), en tanto que el núcleo caracterizador de este sector del ordenamiento jurídico, los bienes contemplados en los títulos II y III LPHE, eje central de las regulaciones tradicionales en este ámbito, son meramente designados como «bienes inmuebles» y «bienes muebles». La razón de esta aparente paradoja se halla en la propia denominación de la ley, llamada, según nos consta, del Patrimonio *histórico* español, denominación que pretende reflejar una nueva concepción, superadora de la tradicional visión esteticista o museizante que había inspirado la regulación española, de los bienes que han de ser protegidos y transmitidos a las generaciones futuras. Nueva concepción que supone la eliminación del término «artístico» como caracterizador de esta rama del ordenamiento jurídico. De ahí que, si todos los bienes que integran «la contribución histórica de los españoles a la civilización universal» y que son expresión de su «capacidad creativa contemporánea» se engloban en la común denominación de «Patrimonio histórico» y, de otro lado, si los singulares caracteres que concurren en determinados conjuntos orgánicos de bienes permiten individualizarlos en atención al «interés» o «valor» que en los mismos aparece como prioritario, (el «arqueológico», el «etnográfico», el «documental o bibliográfico», expresiones todas ellas del genérico valor «histórico» que caracteriza a los bienes definidos en el art. 1.2 LPHE), resulta (de ahí la paradoja a que antes aludía) que el legislador no encontrara un término específico para designar a aquellos bienes que han constituido objeto tradicional de la atención de este sector, viéndose por ello obligado a designarlos con el inespecífico nombre de «bienes inmuebles» y «bienes muebles».

(;) El título V PHE se dedica a la regulación del Patrimonio arqueológico. Sin perjuicio de volver más adelante sobre este tema, ha de consignarse en este momento que la gran innovación de la Ley del 85 en punto a este patrimonio estriba en la declaración de su art. 40.1, a cuyo tenor, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 LPHE, «forman parte del Patrimonio histórico español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte asimismo de este patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes».

Pues bien, esta nueva concepción del Patrimonio arqueológico, y que supone la remisión legal a los criterios de la comunidad científica ar-

queológica, de suerte que se opera en este ámbito una recepción de los cánones admitidos en una disciplina no jurídica («susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica»), halla su correlato en el art. 44.1, según el cual «son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio histórico español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole, o por azar». A su vez, esta declaración como bienes de dominio público (no se especifica, sin embargo, si del Estado o de las comunidades autónomas, si bien la normativa de estas últimas suele coincidir en la atribución del producto de lo descubierto a las propias comunidades autónomas: así, por ejemplo, art. 53 de la Ley catalana y arts. 64.1 y 65.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana) de los hallazgos arqueológicos se traducirá en la ulterior determinación de los derechos que, como resultado del descubrimiento, recaigan en favor del propietario del terreno en que se produjo aquél. Sobre estas cuestiones, empero, volveremos más abajo.

H) En el título VI se contempla el llamado «Patrimonio etnográfico», del que forman parte (art. 46) «los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales». No se contiene, en cambio, en dicho título una disciplina específica de este Patrimonio etnográfico, disciplina que ha de localizarse en los títulos II, III y IV LPHE, reguladores, respectivamente, de los bienes inmuebles y muebles del Patrimonio histórico español, así como de las medidas de protección de los mismos.

I) El título VII se halla dividido en dos capítulos. En el primero se define y regula el Patrimonio documental y bibliográfico, en tanto que en el segundo se contienen las reglas atinentes a archivos, bibliotecas y museos, centros de depósito que albergan los testimonios que forman el Patrimonio documental y bibliográfico, así, como en general, los bienes muebles del Patrimonio histórico español. Por lo que se refiere al Patrimonio documental y bibliográfico, definido en los arts. 49 y 50 LPHE, ha de mencionarse la previsión del art. 51 a propósito de la confección del Censo de los bienes integrantes del Patrimonio documental y del Catálogo colectivo de los que forman parte del Patrimonio bibliográfico; instrumentos administrativos de conocimiento y catalogación de la riqueza documental y bibliográfica, sin perjuicio, como dice el art. 53, de que los bienes integrantes de este patrimonio que tengan singular relevancia sean incluidos en una sección especial del Inventario general de bienes muebles del Patrimonio histórico español. Por lo demás, el régimen sustantivo del Patrimonio documental y bibliográfico, en lo referente a los

actos de disposición, exportación e importación de los bienes que lo integran, ha de localizarse en las disposiciones de la ley (art. 5 y títulos III y IV) reguladores con carácter general de los mencionados actos, previéndose, asimismo, en el art. 57 la consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio documental español a que se refiere el art. 49.2 LPHE.

1) El título VIII se intitula «De las medidas de fomento». Como más arriba señalamos, el de los bienes históricos, justamente en atención a la consecución de los objetivos constitucional y legalmente establecidos (su protección, acrecentamiento y transmisión), se configura como un régimen extraordinariamente riguroso y exigente; un régimen que se traduce en la imposición de una muy variada e importante serie de limitaciones, deberes y cargas que tienden a preservar la intangibilidad de los valores por razón de los cuales se erige este peculiar régimen de protección.

Pues bien, la convicción del legislador de que la consecución de los objetivos fijados no puede lograrse de una manera eficaz si no es incentivando a los titulares de derechos sobre bienes históricos de cara a lograr el más pleno cumplimiento de los deberes legales, ha impulsado a aquél a prever un conjunto de medidas orientadas al fomento de dicho cumplimiento, medidas que pasan a integrarse en el peculiar régimen jurídico de la propiedad histórica, circunstancia que explica que el art. 69.1 LPHE hable de aquellas medidas no sólo como fomento al cumplimiento de los deberes legales, sino también como «compensación» por las cargas legalmente impuestas. Esta es, así, la finalidad de los arts. 67 a 74 LPHE, preceptos que contemplan una variada gama de medidas de fomento, tales como el acceso preferente al crédito oficial, el llamado uno por ciento cultural, diferentes beneficios fiscales (referidos a la Contribución territorial urbana, hoy, Impuesto sobre bienes inmuebles, Impuesto extraordinario sobre el patrimonio de las personas físicas, Impuesto sobre la renta y sobre sociedades, Impuesto sobre el valor añadido, exención de las importaciones), así como, y de modo muy destacado, la posibilidad contemplada en el art. 73 LPHE, que prevé (luego de la redacción introducida por la disposición adicional décima de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general) que la deuda tributaria del Impuesto sobre sucesiones y donaciones, del Impuesto sobre el patrimonio, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y del Impuesto sobre sociedades pueda realizarse mediante la entrega de bienes inscritos en el registro general de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario general, posibilidad contemplada por vez primera en una ley francesa de 1968 (conocida como Ley Malraux, en honor del entonces ministro francés de Cultura) y luego extendida a otros

países europeos (Italia, Bélgica). Incentivos fiscales que han de ser completados con los previstos en la antes citada Ley 30/1994, en particular los previstos en sus arts. 59 y siguientes.

K) Finalmente, en el título IX LPHE se tipifican las infracciones administrativas en materia de Patrimonio histórico y se prevén las correspondientes sanciones. Título que se erige en el cierre del sistema y que se encierra a otorgar a la Administración los necesarios mecanismos correctores o represivos de aquellas acciones y omisiones que pongan en peligro o que supongan un efectivo atentado a los valores propios de los bienes del Patrimonio histórico español; previsión que ha de ser completada con los preceptos que el Código penal dedica a la represión de las conductas atentatorias contra el Patrimonio histórico, artístico y cultural.

3. Los principios inspiradores de la ley del patrimonio histórico español

3.1. La nueva concepción del Patrimonio histórico español: el régimen estatutario de la propiedad histórica

A) A lo largo de las páginas precedentes hemos ido desgranando la estructura y contenido de la Ley de 25 de junio de 1985, labor que nos ha permitido adentrarnos en el examen de los objetivos a que este texto legal pretende atender. Hemos comprobado como la básica finalidad de proteger y conservar los testimonios materiales en que se manifiesta la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea se aborda a partir de la implantación de un régimen tuitivo y protector de la intangibilidad de los valores que son propios del Patrimonio histórico español, de los bienes históricos en sentido amplio. De un régimen riguroso y exigente, fuertemente restrictivo de las facultades de uso y, en ocasiones, de disposición de los titulares de derechos sobre los mismos, y que se concreta en el establecimiento de un conjunto de limitaciones, deberes y cargas, cuyo cumplimiento, no obstante, trata de fomentarse mediante la previsión de una serie de medidas de carácter incentivador, que, además, se configuran como «compensación» a las cargas impuestas en la ley. Pues bien, el objetivo de las líneas que siguen es el de tratar de articular con un cierto rigor dogmático el conjunto de normas establecidas en la LPHE, quicio del ordenamiento protector de los bienes históricos, a cuyo efecto nada mejor que reproducir el contenido de su art. 1:

«1. Son objeto de la presente ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio histórico español

2. Integran el Patrimonio histórico español los inmuebles y objetos mue-

bles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el Patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico

3. Los bienes más relevantes del Patrimonio histórico español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta ley».

La LPHE intenta plasmar, según antes se dijo, una nueva concepción del Patrimonio histórico español. Nueva concepción que pretende reflejarse en la propia denominación de la ley, de cuyo rótulo ha desaparecido el arraigado adjetivo «artístico», ahora sustituido por el de «histórico». Este cambio de denominación pretende superar la ya tópica visión esteticista del ordenamiento español (y continental europeo: recuérdense, en este sentido, la Ley francesa de 31 de diciembre de 1913, sobre monumentos históricos, o la italiana de 1 de junio de 1939, sobre las cosas de interés histórico y artístico), a fin de poner de manifiesto que determinados testimonios materiales son protegidos en razón de constituir «el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea», de representar «una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal» (preámbulo LPHE, I y IX).

En suma, se pretende dar cobijo en la Ley del 85, de acuerdo con la famosa Declaración I de la italiana Comisión FRANCESCHINI (comisión sobre cuyas propuestas se llevó a cabo en Italia la renovación de este sector del ordenamiento jurídico), a la noción de «bien cultural», entendido como todo testimonio material dotado de un valor de civilización («testimonianza materiale avente valore di civiltà»); noción unitaria que pretende superar las visiones sectoriales y parciales características de esta rama del ordenamiento (esto es, la existencia de una pluralidad de textos legislativos reguladores de conjuntos orgánicos de bienes: los de carácter histórico-artístico, las llamadas «bellezas naturales», los bienes arqueológicos, los bienes ambientales de carácter urbanístico,...), y que, en definitiva, sintetiza en una noción jurídica el tratamiento de todos aquellos bienes de los que puede predicarse el ser testimonio o expresión del devenir histórico del hombre a lo largo del tiempo. De ahí que el carácter verdaderamente definitorio de esta nueva concepción de los «bienes culturales», que intenta plasmar la LPHE, sea el de la radical dimensión de «historicidad» de que aparecen revestidos determinados testimonios materiales de la cultura y la civilización (razón que explica, por ejemplo, la desaparición del requisito de una cierta antigüedad, como ocurría en el art. 1 de la Ley española de 1933, para considerar a un bien integrante

del Patrimonio histórico español), y que, sin perjuicio de su apoyo en las ideas de «mérito», «valor» o «interés», remite al juicio técnico-valorativo de disciplinas científicas ajenas al mundo del derecho.

B) Nueva concepción del Patrimonio histórico español que, a su vez, corre paralela con la ampliación de su extensión y contenido, hasta el punto de configurar a la LPHE como el verdadero código unitario de los bienes históricos en derecho español. Esta omnicompreensiva definición del Patrimonio histórico español, que se refleja en el preámbulo LPHE y concreta su art. 1.2, no obsta, sin embargo, a la previsión de diferentes categorías o niveles de protección, trasunto de la diferente intensidad de las medidas de tutela que la ley dispensa al conjunto de bienes integrantes del genérico Patrimonio histórico español. Así, en el nivel máximo de protección, se sitúa la categoría de bienes de interés cultural, constituida por aquellos bienes que gozarán de «singular protección y tutela» y sobre los que se construye el régimen más intenso y característico de cuantos confluyen en la LPHE. Un régimen integrado por un riguroso conjunto de limitaciones y deberes positivos de actuación, en cuyo envés se localiza una serie de medidas enderezadas a compensar y fomentar el cumplimiento de aquéllas y de éstos, según ya sabemos.

Por otro lado, y este es uno de los rasgos esenciales de la nueva concepción que luce en la LPHE, traducción del derecho de acceso a la cultura de los arts. 44 y 46 del texto constitucional, sobre los bienes de interés cultural se monta, fundamentalmente, el derecho de los ciudadanos de acceder a su goce y contemplación (básicamente, a través del derecho de visita previsto en el art. 13.2 LPHE), en la medida en que (de acuerdo con una determinada configuración dogmática que más abajo exponremos) es inherente a estos bienes una dimensión «cultural» (*rectius*: dicha dimensión cultural es predicable, *lato sensu*, de todos los «bienes culturales», en sentido amplio, si bien aquí, por obvios condicionamientos legales, constriñamos este aspecto a los formalmente declarados bienes de interés cultural), dimensión que supone su «natural» puesta a disposición de los ciudadanos, con el respaldo que, en el caso español, presta su cobertura constitucional.

En segundo lugar, y en el escalón inmediatamente inferior al de los bienes de interés cultural, se sitúa como categoría de protección la de los bienes incluidos en el Inventario general del art. 26 LPHE. Categoría que sólo es de aplicación a los bienes muebles y que se concreta en un régimen de protección, igualmente exigente y riguroso, pero de una menor intensidad que el previsto para los bienes declarados de interés cultural (e, igualmente, de acuerdo con esta menor intensidad e incidencia de las potestades administrativas, en un menor acceso a las medidas de fomento establecidas en la ley). En todo caso, la elaboración del Inventa-

rio general se justifica en la necesidad de disponer de un instrumento administrativo de conocimiento y control de la riqueza mobiliaria existente, necesidad que en el caso de los bienes muebles es más apremiante, por obvias razones, que en el supuesto de los bienes inmuebles.

Finalmente, y en orden descendente, se sitúa la más genérica categoría de protección contemplada en la LPHE, aquella que justamente da nombre a la propia ley y que, como dice el preámbulo, está constituida por «todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal». Esto es, el conjunto de bienes que, a tenor del art. 1.2 LPHE, integran el Patrimonio histórico español y no han sido declarados de interés cultural o incluidos en el Inventario general del art. 26 LPHE (art. 1.3). Ámbito objetivo de aplicación de la ley que constituye el necesario sustrato o soporte sobre el cual operan las eventuales declaraciones de interés cultural o las resoluciones de inclusión en el citado inventario.

☐ Pues bien, la consecución de los objetivos de la LPHE (la protección, el acrecentamiento y la transmisión del Patrimonio histórico español) se concreta en el establecimiento, en función, en todo caso, de la diferente intensidad anudada a las distintas categorías legales de protección, de un peculiar régimen jurídico de la propiedad histórica, y que supone la consagración de un conjunto de limitaciones y de deberes positivos de actuación por parte de los propietarios y titulares de derechos que recaen sobre estos bienes; régimen enderezado al mantenimiento y preservación de los valores (el «interés» a que se refiere el art. 1.2 LPHE) ínsitos en los mismos, así como a la más plena realización del acceso por los ciudadanos a su contemplación y disfrute, a cuyo efecto, y en tanto que técnicas de fomento e incentivo, se prevé una serie de medidas tendentes a compensar a sus propietarios por las cargas impuestas, a fin de hacer posible la «valoración» a que alude el preámbulo LPHE, esto es, la conservación, el disfrute y el acrecentamiento de los bienes que integran el Patrimonio histórico español.

En todo caso, y en la medida en que estamos en presencia de un régimen protector y tuitivo de la riqueza histórica, es claro que el aspecto que de una manera más intensa ha de ser destacado es el referido a las limitaciones y restricciones que los propietarios y titulares de derechos sobre este tipo de bienes han de soportar, y que viene así a derogar o excepcionar el común régimen de libertad de uso y disposición que luce en el texto del art. 348 del Código civil.

En efecto, y por ofrecer una muestra significativa, los propietarios, titulares de derechos reales y poseedores de bienes declarados de interés cultural están obligados a permitir y facilitar su inspección por parte de los organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa soli-

cidad razonada de éstos, y su visita pública al menor cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración cuando medie causa justificada o ser sustituida por el depósito del bien, cuando se trate de bienes muebles (art. 13.2 LPHE). Un régimen similar se prevé para el caso de los bienes muebles incluidos en el Inventario general (art. 26.6 LPHE), así como en relación con los bienes del Patrimonio documental y bibliográfico (art. 52.3 LPHE).

Asimismo, de tratarse de bienes inmuebles, entran en juego las prescripciones contenidas en el título II LPHE, tales como la prohibición de separar aquéllos de su entorno, la necesidad de obtener autorización administrativa para realizar cualquier obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias, la imposibilidad de demoler un edificio declarado en ruina si no es mediante la correspondiente autorización administrativa, o la necesidad de obtener esta misma autorización cuando se trate de realizar, por razón de fuerza mayor, obras de existir urgencia y peligro inminente de derribo (arts. 18, 19 y 24 LPHE).

En todo caso, y como genérico marco de referencia, en el título IV LPHE se establece el que más arriba denominamos régimen común de la propiedad histórica, régimen articulado sobre las medidas de protección de los bienes muebles e inmuebles del Patrimonio histórico español, y que se sintetiza en el genérico deber de conservación, mantenimiento y custodia del art. 36.1, así como, más específicamente, y por lo que a los bienes de interés cultural se refiere, en la subordinación del uso de los mismos a la no puesta en peligro de los valores que aconsejan su conservación, con la consiguiente necesidad de obtener autorización administrativa para todo cambio de uso pretendido.

D) Este conjunto de limitaciones y restricciones que pesan sobre la propiedad histórica ha hallado distintas explicaciones de orden dogmático, explicaciones que han tratado de conjugar la esencia del derecho de propiedad privada, en cuanto genérico derecho de goce y disposición, con las limitaciones que pesaban sobre los propietarios, y que se justifican, como con reiteración venimos diciendo, en razones de protección y conservación de los bienes históricos y, más modernamente, en el aseguramiento del acceso a su goce y contemplación por parte de los ciudadanos.

Así, en un primer momento se acudió a la doctrina de las limitaciones administrativas de la propiedad privada, doctrina que veía en el conjunto de deberes y limitaciones impuestos a los propietarios una serie de restricciones o constricciones del ordinario régimen de uso y disposición, justificadas por razones de interés público y que en todo caso de-

jaban a salvo la esencia del derecho de propiedad como facultad de libre utilización y disposición de los bienes sobre los que recaían. No obstante, esta explicación, una vez que las intervenciones administrativas sobre los bienes históricos adquirieron progresivamente una mayor profundidad y extensión, no daba razón bastante acerca de la verdadera naturaleza de los derechos, públicos y privados, que recaían sobre esta peculiar propiedad.

Y, así, poniendo el acento cada vez más en la dimensión objetiva que dimanaba de los específicos caracteres de los bienes históricos, aun cuando sin olvidar en modo alguno el relevante papel que en todo caso corresponde al propietario privado en la consecución de los objetivos de tutela y protección pretendidos por el ordenamiento, se dirá que el propietario privado era una especie de ejerciente privado de funciones públicas o, bien, un custodio del interés público, resaltándose de este modo, cada vez con mayor intensidad, la dimensión de «función» o «interés» público que cumplen estos bienes, por encima de la perspectiva subjetiva del titular privado de derechos. Dimensión que alcanzará una destacada versión, especialmente en Italia, en la doctrina de los «bienes de interés público», categoría intermedia entre los bienes de titularidad pública y los de titularidad privada, y que trata de poner de relieve la existencia de un *tertium genus* constituido por bienes de propiedad privada que, no obstante, ofrecen un destacado interés público, razón por la cual los poderes públicos intervienen en su disciplina de una manera progresiva e intensa, y que justifica asimismo la especial sujeción o sometimiento del propietario privado a los dictados y órdenes de la Administración.

En último término, todas estas explicaciones, que, se insiste en ello, acentúan el aspecto o dimensión «objetiva» de la relación propietaria, más allá de la estricta perspectiva subjetiva del propietario como titular de facultades dominicales, pueden sin dificultad canalizarse mediante la llamada concepción estatutaria de la propiedad; concepción que ve en ésta no un conjunto monolítico de facultades uniformemente establecidas por la legislación civil, sino (en consonancia con el fenómeno de disgregación del contenido unitario de la propiedad o pluralidad de estatutos dominicales o propietarios) una serie de derechos y deberes interrelacionados, que el legislador establece en atención a las peculiaridades de cada categoría o género de bienes, de acuerdo con el criterio de la función social que inspira la delimitación del contenido de la propiedad privada (art. 33.1 del texto constitucional). De este modo, incumbe al legislador, de acuerdo con las concepciones en cada momento imperantes, la definición del contenido de cada concreto derecho de propiedad, la histórica en nuestro caso, de suerte que deviene pertinente el establecimiento de aquellos deberes y cargas a cuyo cumplimiento puede

subordinarse el lícito ejercicio de las facultades dominicales. Concepción que, por otro lado, sería coherente con el postulado del Estado social de derecho y su plasmación en los diferentes cometidos y tareas encomendados a los poderes públicos, aquí, los consagrados en el art. 46 C.E., que encomienda a los poderes públicos la tarea de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento de los bienes que integran el Patrimonio histórico español. Explicación que dota de una dimensión, acorde, por lo demás, con los postulados constitucionales, adecuada al régimen tuitivo y protector de los bienes históricos que plasma la Ley de 1985.

Concepción estatutaria de la propiedad histórica, pues, que supone la inserción de los bienes históricos en un peculiar estatuto o régimen jurídico, en aras de lograr la consecución de los objetivos de protección, acrecentamiento y transmisión del Patrimonio histórico español. Mas concepción estatutaria que, sin embargo, no supone el último ensayo a la hora de definir el contenido de la propiedad histórica, por cuanto, en último término, dicha concepción continúa apelando, como elemento determinante, a la titularidad del bien considerado. En este sentido, por tanto, ha de traerse a colación la doctrina italiana de los «bienes culturales», que, desde la perspectiva dogmática, supone el intento más serio de relativización del momento subjetivo en la relación de la propiedad histórica.

E) En efecto, a partir de la conceptualización de los bienes culturales como testimonios materiales dotados de un valor de civilización (Declaración I de la Comisión FRANCESCHINI), Massimo Severo Giannini abordará la tarea de construir una noción jurídicamente válida de «bien cultural» en cuanto aglutinante de las diferentes regulaciones que en Italia habían acometido el tratamiento de los vestigios de la cultura (básicamente, de los bienes de interés histórico-artístico y de las llamadas bellezas naturales, normados en dos leyes de 1939, y de los bienes archivísticos, a que se refería un texto de 1963). En este sentido, considerará el autor italiano que determinados bienes o testimonios materiales ofrecen *naturaliter* una dimensión cultural, en cuanto expresiones del devenir histórico del hombre a lo largo del tiempo. Bienes cuya relevancia cultural, por tanto, es independiente de la existencia de una previa declaración administrativa que constate aquel carácter o dimensión cultural, ínsita o inmanente en el propio bien, de suerte que el acto administrativo de declaración únicamente alcanzará un valor declarativo y no constitutivo de la referida cualidad. Por eso, la noción de «bien cultural», en cuanto noción que sintetiza el tratamiento jurídico dispensado a los testimonios materiales dotados de un valor de civilización, es una noción *abierto*, *histórica* y dependiente de las *valoraciones* técnico-valorativas que lleven en cada momento las disciplinas científicas, no jurídicas,

llamadas a pronunciarse acerca del interés o valor que, desde el punto de vista de la historia, concurre en los vestigios, testimonios o expresiones materiales del pasado.

Mas, sin duda, y desde una estricta perspectiva jurídica, el aspecto más llamativo de la teoría de los «bienes culturales», tal y como fue formulada por Giannini, estriba en la relativización del elemento subjetivo o propietario presente en los bienes de que es predicable, en el sentido expuesto, su condición o carácter cultural. De este modo, entiende nuestro autor que la titularidad, pública o privada, de los bienes es indiferente en tanto que bienes culturales. Indiferencia que, naturalmente, es más acusada en el caso de los bienes de propiedad privada, pues en éstos ha de diferenciarse el sustrato o soporte material sobre el que recaen titularidades privadas, del bien cultural en sentido estricto, y concebido como *bien inmaterial*, esto es, la función o dimensión cultural que determinados testimonios están llamados a cumplir, y cuya titularidad corresponde, no al propietario privado, sino al Estado. Apela aquí Giannini a la distinción (constatada, por otro lado, en el siglo pasado, por la lúcida intuición de Víctor Hugo, para quien en todo edificio histórico era menester diferenciar su fachada, que correspondía a todos, de uso, privativo del propietario), de honda raigambre en el pensamiento jurídico, entre dominio directo y dominio útil, trasunto de la distinción medieval entre «*corpus mechanicum*» y «*corpus mysticum*», y que remite a la teoría de la propiedad dividida, si bien en un sentido diferente al que el pensamiento tradicional le había atribuido, por cuanto la titularidad pública del bien cultural como bien inmaterial se explica desde la idea de garantizar el acceso del público al goce y contemplación de estos bienes, esto es, desde el aseguramiento de la función cultural que estos bienes están llamados a servir, e idea que plasma la LPHE (preámbulo, X).

En último término, la doctrina de Giannini, doctrina sujeta a un intenso debate, en particular por lo que hace a la refutación de la indiferencia que en la caracterización del bien cultural como bien inmaterial y público reviste el momento subjetivo o propietario, y de la que su más reputado contradictor puede considerarse a Bruno Cavallo, precisamente con ocasión del homenaje ofrecido en 1988 al propio Giannini, esta doctrina, insistimos, trata de colocar en un primer plano el elemento «funcional» que determinados bienes cumplen, en nuestro caso, la vocación cultural de los bienes que forman parte del Patrimonio histórico, cuyo disfrute y contemplación por los ciudadanos ha de ser asegurado por los poderes públicos a fin de hacer real y efectivo el derecho constitucional de acceso a la cultura.

3.2. El derecho de acceso a la cultura y la Ley del Patrimonio histórico español

Precisamente, y en línea directa con lo apuntado en el último párrafo del epígrafe anterior, es como ha de enfocarse teleológicamente el sentido de la regulación contenida en la LPHE. Porque, como dice su preámbulo, «todas las medidas de protección y fomento que la ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura, y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos» (preámbulo, X). Y ello en la medida en que el Patrimonio histórico español «es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal» y cuyo valor viene proporcionado por «la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos», porque «los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando» (preámbulo, IX).

Es, por tanto, en cumplimiento del mandato del art. 44, en relación con el 46, del texto constitucional, que consagra el derecho de los ciudadanos de acceder al disfrute de la cultura (y pocas dudas pueden albergarse acerca de la radical dimensión cultural de los testimonios que se engloban en el Patrimonio histórico español; no otra, en definitiva, es la finalidad de la construcción de la teoría de los «bienes culturales»), como ha de enfocarse el contenido de aquellos preceptos de la LPHE destinados a hacer posible el goce y la contemplación por los ciudadanos de los bienes que integran el Patrimonio histórico español. Preceptos entre los que ha de destacarse el art. 13.2 (desarrollado por la disposición adicional cuarta del Reglamento de 10 de enero de 1986), que prescribe el derecho de visita pública de los bienes declarados de interés cultural, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados, en las condiciones de gratuidad reglamentariamente determinadas (gratuidad inexcusable, en todo caso, para las personas que acrediten la nacionalidad española); como, igualmente, debe ser consignado el derecho de los investigadores para acceder a su estudio, derecho que se hace extensivo a los bienes incluidos en el Inventario general, según lo que dispone el art. 26.6 b) LPHE, y a los que integran el Patrimonio documental y bibliográfico, a tenor del art. 52.3 LPHE; acceso con el que asimismo pretende garantizarse el genérico derecho a la cultura del art. 44 LPHE.

Derecho de visita pública que, por lo demás, constituye un verdadero derecho subjetivo de los ciudadanos, que puede hacerse valer ante la jurisdicción ordinaria, sin necesidad, por tanto, de previa intermediación de la Administración pública competente según los términos del art. 8.2 LPHE.

Intermediación administrativa que, sin embargo, es inexcusable cuando pretenda hacerse efectivo por cualquier persona el cumplimiento de las prescripciones de la ley, en virtud del mecanismo consagrado en el citado art. 8.2, que consagra en el ámbito del Patrimonio histórico español una verdadera acción pública o popular para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales de lo contencioso-administrativo el cumplimiento de la LPHE en defensa de los bienes integrantes del Patrimonio histórico español. Acción pública que, en definitiva, es traducción del interés de todos los ciudadanos, trasunto del art. 46 de la Constitución, en la preservación de la integridad de dicho patrimonio.

4. La ordenación urbanística de los centros históricos

1. Una de las novedades de la Ley del Patrimonio histórico español de 1985 que han merecido una más favorable acogida trae causa del tratamiento dispensado a los bienes inmuebles de carácter histórico, en particular, de las agrupaciones de éstos que, en la dicción del art. 15.3 LPHE, «forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad», esto es, de conformidad con la tipología consagrada por la LPHE, de los conjuntos históricos. Tratamiento que se erige, de este modo, en superación del panorama dibujado, al socaire de la Ley del Patrimonio histórico-artístico nacional de 1933 y su normativa de desarrollo, en especial, el Decreto de 22 de julio de 1958, por la jurisprudencia (por todas, y a modo de síntesis, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1986), cuyo entendimiento de los ordenamientos en presencia (el urbanístico y el atinente a la tutela monumental) y de los órdenes competenciales interesados (el propio de la Administración municipal, de un lado, y, de otro, el confiado a los órganos de Bellas Artes) consagró la prevalencia, con desconocimiento, así, de las decisiones plasmadas en los correspondientes instrumentos urbanísticos de planificación, de la normativa histórico-artística y, por ende, del ejercicio de las competencias confiadas (con anterioridad a su transferencia a las comunidades autónomas) a la Administración del Estado. Situación que, en palabras de Tomás Ramón Fernández, supuso el predominio de la Administración más poderosa, la estatal, sobre

la más débil, la municipal, no obstante disponer ésta de un mecanismo de intervención más vigoroso, el plan de urbanismo, expresión de la racionalidad que debe presidir el diseño y desarrollo de la ciudad, frente a la típica orden individual de policía (prohibiciones, autorizaciones) que caracterizaba el modo de actuar de la Administración estatal de las Bellas Artes.

Esta superposición o entrecruzamiento, y su correlato, aun paradójico, de mutuo desconocimiento, de los aludidos órdenes normativos y competenciales, halló su punto de inflexión en el texto de los arts. 20 y 21 LPHE (en sentido idéntico, la normativa autonómica dictada en materia de Patrimonio histórico: art. 12 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/1990; art. 28.2 de la Ley vasca 7/1990; art. 32 de la Ley de Andalucía 1/1991; art. 33 de la Ley catalana 9/1993; arts. 45 a 47 de la Ley de Galicia 8/1995, entre otros preceptos autonómicos), cuya *ratio* aparece inspirada en el designio de encomendar a las técnicas urbanísticas de protección, en concreto, las articuladas sobre el binomio Plan especial-Catálogos, la tutela de las agrupaciones de inmuebles (o unidades de población que reúnan las características consignadas en el art. 15.3 LPHE) declaradas conjuntos históricos como bienes de interés cultural. Esta imbricación de la tutela monumental en el entramado urbanístico, cuya gestión compete, de ordinario, a los ayuntamientos, es, justamente, el principio vertebrador de la protección de la riqueza inmobiliaria de carácter histórico instaurada por la LPHE.

2. La meritada precisión aboca derechamente a esbozar, siquiera sea en términos sintéticos, la dualidad básica sobre que pivota la disciplina de la propiedad histórica de carácter inmobiliario. Una disciplina que es tributaria del objeto sobre que recae el oportuno régimen (un régimen, recordemos, enderezado al servicio de la conservación, acrecentamiento y transmisión de los bienes, aquí inmuebles, que integran el ahora signado como Patrimonio histórico español *ex* art. 1.2 LPHE), esto es, los inmuebles singularmente considerados, y cuya declaración como bienes de interés cultural se efectúa bajo el *nomen* de monumentos históricos *ex* art. 15.1 LPHE, y los conjuntos o agrupaciones de éstos, los conjuntos históricos, según la dicción de los arts. 14.2 y 15.1 LPHE.

Pues bien, y sobre el denominador común de lo prevenido en el art. 36.1 LPHE, que cifra el estatuto básico de la propiedad histórica en los deberes de conservación, mantenimiento y custodia, el régimen de los monumentos históricos, régimen transido de la idea de asegurar la integridad o intangibilidad de los valores que aconsejan su inserción en la categoría de bienes de interés cultural, prolonga en lo sustancial el rector a la entrada en vigor de la LPHE, en la medida en que entreteje un conjunto de prohibiciones (inseparabilidad de su entorno, que proscribiera todo desplazamiento o remoción, salvo puesta en acción, por razones de

fuerza mayor o interés social, del procedimiento a que se contrae el art. 9 LPHE, *id est*, el de declaración de Bien de interés cultural: art. 18 LPHE; prohibición de colocar publicidad comercial y cualquier clase de cables, antes y conducciones aparentes en fachadas y cubiertas: art. 19.3 y disposición transitoria séptima LPHE) y autorizaciones (en cuanto presupuesto de la lícita realización de toda obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias, así como de la colocación en fachadas o en cubiertas de cualquier clase de rótulo, señal o símbolo o de la realización de obras en el entorno afectado por la declaración: art. 19.1, en relación, por lo que a este último supuesto atañe, con el 11.2 LPHE) enderezado a preservar la expresada integridad o intangibilidad.

3. Más allá del expuesto régimen de los inmuebles singularmente considerados objeto de declaración como monumentos históricos, la disciplina de las agrupaciones de inmuebles o conjuntos históricos ha dejado de estar vertebrada sobre el orden individual de policía emanada de las autoridades de Bellas Artes, en tanto que cauce formalizador de las intervenciones sujetas a control administrativo y expresión de las prohibidas, para estructurarse en torno al instrumento rector por excelencia de la racionalidad urbanística, el Plan especial de la zona afectada por la pertinente declaración. Un plan cuya obligatoriedad de redacción surge para el ayuntamiento en cuyo término se enclava el correspondiente conjunto tan pronto haya recaído la declaración de éste como Bien de interés cultural, y cuya elaboración y aprobación se remite a los términos prevenidos en la legislación urbanística, sin otra particularidad que la inserción, en el procedimiento de emanación, del informe favorable de la Administración del Patrimonio histórico, informe que se entenderá emitido por el transcurso de tres meses desde su presentación (art. 20.1 LPHE).

A) La sujeción de la vida urbanística de los conjuntos históricos a las determinaciones del correspondiente Plan especial (cuya esencialidad pone de relieve la inexcusabilidad de su obligatoriedad, aun cuando no exista un previo planeamiento general o se halle vigente un planeamiento contradictorio con la protección) demanda la instauración de las oportunas previsiones enderezadas a impedir que queden desvirtuadas aquellas determinaciones por mor del lapso que medie entre la declaración del Conjunto como Bien de interés cultural (supuesto que la mera incoación del procedimiento de declaración implica la aplicación provisional del régimen de protección diseñado para los bienes ya declarados: arts. 11 y, por lo que se refiere al régimen de licencias y obras por razón de fuerza mayor, 16 LPHE) y la aprobación definitiva del pertinente Plan especial. Unas previsiones que contemplan tanto el requerimiento de resolución favo-

table de la Administración del Patrimonio histórico en orden al otorgamiento de licencias o a la ejecución de las ya otorgadas en el espacio comprendido o afectado por la declaración, como la prohibición (justificada en el diseño, ya apuntado, de no hipotecar las futuras determinaciones del Plan especial) de alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad (que vale decir congelación de los volúmenes edificatorios existentes), parcelaciones o agregaciones.

B) Así pues, es el Plan especial el instrumento vocado a ordenar la conservación y el desarrollo urbanístico del Conjunto histórico, enclave inordinado en el seno de la ciudad, cuya imbricación en ésta demanda la entrega de la gestión de aquél al ayuntamiento, salva la excepción a que más abajo se hará referencia. Esta lógica impone que los arts. 20 y 21 LPHE (el 22 consigna las especialidades atinentes a los sitios históricos y las zonas arqueológicas, especificidades que, ahora y aquí, pueden ser soslayadas) se configuren como mero marco delimitador de las previsiones que los concretos planes especiales pueden albergar, construyendo su funcionalidad a la labor de erigirse en soporte de las prescripciones y, por ende, prohibiciones que aseguren la identidad del Conjunto, a cuyo servicio, justamente, se endereza la declaración de interés cultural. Amén de la expuesta, los preceptos indicados despliegan su virtualidad en una segunda (por lo demás, inherente a la propia esencia de todo instrumento planificador, cuyas determinaciones, excluidas las de *ius cogens*, como tales imperativamente impuestas por la ley, son producto de la pertinente habilitación legal) vertiente, a saber, la de erigirse en fuente de producción de las oportunas previsiones de planeamiento, las estimadas más convenientes en atención a las específicas características de cada agrupación de inmuebles considerada.

☞ La primera de las consignadas dimensiones halla su plasmación en los núms. 2 y 3 del art. 21 LPHE, preceptos que consagran la tensión que encierra la dicotomía conservación/acrecimiento (tensión, por lo demás, ínsita en el art. 39 LPHE), objetivos del art. 1.2 LPHE y, a su vez, presupuesto indispensable del tercero de los objetivos que definen la tríada de finalidades de la legislación histórica, la transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio histórico español.

Una tensión que expresa, por otro lado, la diferente entidad que la tutela monumental asume cuando su dispositivo se encamina a la consecuencia de los fines de protección de los monumentos históricos, cifrados, según antes se dijo, en el aseguramiento de la integridad o intangibilidad de los valores ínsitos a aquéllos, por diferencia de la que incorpora de ser un Conjunto histórico el objeto de aquellos fines, pues si bien la declaración de aquél como Bien de interés cultural comporta

el mantenimiento de su estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente, con mantenimiento, en todo caso, de las alineaciones urbanas existentes, tal prescripción no es óbice a que el Plan especial pueda permitir, excepcionalmente, remodelaciones urbanas, de suponer éstas una mejora de las relaciones del Conjunto con el entorno territorial o urbano o enderezarse a evitar los usos degradantes para el Conjunto. De modo paralelo, la preservación de la estructura o de las características del Conjunto no se alza como obstáculo insalvable a la eventualidad de las sustituciones, aun con carácter excepcional, de inmuebles del Conjunto, sean totales o parciales, sustituciones que podrán llevarse a cabo en la medida en que contribuyan a la conservación general del carácter de aquél.

D) El diseño de los arts. 20 y 21 LPHE como marco de referencia de las determinaciones de los planos especiales de protección de los conjuntos históricos y, por ende, como fuente habilitante de producción de las previsiones que aquéllos pueden contener, halla su concreta expresión en la miríada de extremos a que pueden atender en su encomienda de proveer al desarrollo urbanístico de los espacios considerados, extremos que, en síntesis, son los siguientes:

- ▮ Fijación del orden prioritario de instalación en los edificios y espacios aptos de todos los usos públicos susceptibles de ser alojados en los mismos. Instalación que, obviamente, habrá de ser procurada en virtud de las oportunas técnicas (expropiación, venta, arrendamiento).

- ▮ Previsión de las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas, previsión que deviene esencial a fin de salir al paso de la degradación residencial y económica de los cascos históricos y que ya ha encontrado alguna traducción normativa y presupuestaria (así, por ejemplo, reales decretos 2.329/1983 y 1.932/1991).

- ▮ Establecimiento de los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas.

- ▮ Catalogación, conforme a la legislación urbanística (art. 93 del Texto refundido de 1992; precepto, no obstante, declarado inconstitucional por su carácter meramente supletorio por la STC 61/1997; arts. 86 y 87 del Reglamento de planeamiento de 1978 y 25 de la Ley del suelo de 1976, en vigor con el alcance señalado en la citada sentencia constitucional), de los elementos unitarios que integran el Conjunto, tanto inmuebles edificados como espacios libres, exteriores o interiores, u otras estructuras significativas, así como de los componentes naturales, con definición de los tipos de intervención posible. En este sentido, proclama el art. 21.1 LPHE, a los elementos singulares (*id est*, dotados de una específica singularidad, aun cuando ésta no alcance virtualidad bastante para merecer una decla-

ración individualizada como monumentos o jardines históricos; argumento, *a contrario*: art. 21.4 LPHE) se dispensará una protección integral, con fijación para el resto de los elementos, en cada caso, de un nivel adecuado de protección.

E) La lógica de las relaciones Patrimonio histórico-urbanismo, lógica inspirada en el diseño de confiar a las técnicas urbanísticas la protección y tutela del patrimonio inmobiliario de carácter histórico, conduce inexorablemente a entregar a los ayuntamientos, encargados de la elaboración de los planes especiales de protección de los conjuntos históricos, la gestión ordinaria de aquéllos, gestión que abarca, como específica dimensión, el otorgamiento de las licencias en cuya virtud sean autorizadas las obras que desarrollen el planeamiento especial, salvo que afecten a inmuebles declarados individual y singularmente monumentos o jardines históricos como bienes de interés cultural, o se hallen comprendidas en su entorno, en cuyo caso la pertinente competencia se incardina directamente en los órganos de la Administración del Patrimonio histórico. La salvaguarda de las específicas funciones que en materia de Patrimonio histórico se asignan a la Administración (hoy, autonómica) encargada de velar por la adecuada ejecución del Plan especial de protección queda garantizada mediante la obligación impuesta a los ayuntamientos de dar cuenta a aquélla en el plazo de diez días de las licencias otorgadas, comunicación enderezada, en su caso, a la puesta en acción de la facultad de ordenar la reconstrucción o demolición con cargo a la Administración que hubiera otorgado la oportuna licencia, de revelarse ésta contraria a las determinaciones del correspondiente plan (art. 21.4, en relación con el 23, LPHE).

5. Una referencia al patrimonio arqueológico

5.1. La declaración como bienes de dominio público de todos los hallazgos arqueológicos

De acuerdo con el art. 40.1 LPHE forman parte del Patrimonio histórico español como integrantes del llamado Patrimonio arqueológico todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico «susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica», bienes que, por imperativo del art. 44.1, son declarados de dominio público. La LPHE, siguiendo en este punto una constante de nuestro derecho, somete a la preceptiva autorización administrativa la realización de cualesquiera actividades tendentes al descubrimiento o puesta de manifiesto de restos y hallazgos arqueológicos, esto es, de toda excavación o prospección arqueológica (art.

42.1), considerando ilícitas las que se lleven a cabo sin la correspondiente autorización o con incumplimiento de los términos de la autorización, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo no comunicado inmediatamente a la Administración (art. 42.3).

5.2. Los descubrimientos casuales: derechos del propietario del terreno y del descubridor

Los hallazgos o descubrimientos de restos arqueológicos pueden producirse en virtud de excavaciones arqueológicas, como consecuencia de remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. Si bien desde la perspectiva de la atribución de los hallazgos arqueológicos el modo de descubrimiento es irrelevante (todos los objetos y restos materiales de carácter arqueológico son, en efecto, bienes de dominio público), no lo es en cambio en atención a los derechos económicos que se otorgan al descubridor y, en su caso, al dueño del terreno. Pues así como en el supuesto de descubrimientos que sean consecuencia de excavaciones debidamente autorizadas (la misma conclusión, evidentemente, es aplicable *a fortiori* en el caso de excavaciones no autorizadas o con incumplimiento de los términos de la autorización) los descubridores no tienen derecho alguno en relación con lo descubierto (art. 42.2 LPHE), de tratarse de hallazgos casuales (definidos en el art. 41.2), el descubridor y el propietario del lugar en el que se efectuó el descubrimiento tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se atribuya al objeto descubierto, premio que se distribuirá entre ellos por partes iguales, manteniéndose igual proporción de ser dos o más los descubridores o propietarios.

Este sistema de atribución de premios legales, que ofrece un lejano parentesco con el establecido en el art. 351, III del Código civil y en la Ley de 7 de julio de 1911 (no así, en cambio, con el del art. 40 de la Ley de 13 de mayo de 1933, que atribuyó el producto de lo descubierto, tanto como consecuencia de excavaciones legalmente autorizadas como en el supuesto de hallazgos casuales, al descubridor), puede sin dificultad ser justificado en el caso del descubridor casual, en la medida en que se explique por la compensación o reconocimiento pecuniario en favor de quien ha recuperado para la posteridad vestigios de un pasado más o menos remoto; no así, por el contrario, en el supuesto del propietario, a quien el legislador, quizá como reminiscencia de pasadas soluciones legales, ha atribuido un premio inmerecido, pues ninguna participación, de no concurrir en el mismo al tiempo la condición de descubridor casual, ha tenido en el hecho del descubrimiento.

6. La movilidad del Patrimonio histórico en el ámbito de la Unión Europea

6.1. Exportación e importación en la Ley del Patrimonio histórico español de 1985

A) El mantenimiento en territorio nacional de los bienes históricos ha constituido objetivo tradicional de preocupación de los poderes públicos, en cuanto exigencia de preservación de la integridad de la riqueza histórica. De ahí el tono eminentemente restrictivo con que ha aparecido contemplada en sus normas rectoras la posibilidad de salida al exterior de las obras de arte integrantes del Patrimonio histórico, o histórico-artístico, nacional. Del mismo modo, pero en sentido inverso, el acrecentamiento de las manifestaciones histórico-artísticas en territorio nacional ha impuesto el dictado de una normativa favorecedora de la importación de bienes históricos, incentivadora de la entrada de aquéllos, ya con carácter temporal, ya de manera definitiva.

La regulación plasmada en la LPHE y en su Reglamento de 1986 responde a los principios enunciados. Así, de un lado, el régimen de la exportación de bienes históricos (definida en el art. 5.1 LPHE como «la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio histórico español») se basa en la distinción entre exportación definitiva y exportación temporal. Por lo que se refiere a la primera de ambas modalidades, la exportación definitiva, los dos vectores de su regulación vienen dados, respectivamente, por la determinación de los bienes cuya salida del territorio nacional es factible, y por la exigencia de autorización expresa y previa para que pueda producirse lícitamente la exportación de aquellos bienes. En relación con el primero de los extremos señalados, el art. 5.3 LPHE prohíbe, sin perjuicio de la posibilidad de su salida temporal y de su permuta, en los términos de los arts. 31 y 34 LPHE, la exportación de los declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros bienes que, por su pertenencia al Patrimonio histórico español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar en tanto se incoa el pertinente procedimiento de inclusión del bien en alguna de las categorías de protección previstas en la Ley, esto es, la de bienes de interés cultural y la de bienes del Inventario general. En cambio, pueden ser exportados, previa autorización expresa de la Administración del Estado, en la forma y condiciones establecidas en los arts. 45 y siguientes del Real decreto 111/1986, los bienes de más de cien años de antigüedad y, en todo caso, los inscritos en el Inventario general del art. 26 LPHE, o que tengan incoado expediente para su inclusión en el mismo (art. 45.2 del Real decreto 111/1986), según precisa el art. 5.2 LPHE.

Por otro lado, el otorgamiento de la autorización para la exportación de bienes del Patrimonio histórico español está sujeta a una tasa cuyas

reglas se fijan en art. 30 LPHE. Tasa cuya teleología estriba en el deseo de desincentivar la salida del territorio nacional de los bienes históricos, y que, en todo caso, no es de aplicación a las exportaciones con destino a la hoy Unión Europea (disposición adicional 2^a.4 del Reglamento de 1986; en este sentido, ha de tenerse en cuenta que tienen la consideración de exportación la salida del territorio español de los bienes que integran el Patrimonio histórico español, según declaración del art. 45.1 del citado Reglamento de 1986, en la redacción dada por el art. tercero.4 del Real decreto 64/1994), tal y como tuvo ocasión de puntualizar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea de 10 de diciembre de 1968, al interpretar los arts. 9 y 16 del Tratado de Roma de 1957.

A la solicitud del permiso de exportación debe acompañarse la declaración del valor del bien objeto de dicha solicitud, que será considerada como oferta de venta irrevocable en favor de la Administración del Estado, constituyendo el precio de esta oferta el valor señalado en la declaración. De no concederse el permiso de exportación, la Administración (con carácter preferente la del Estado y, de modo subsidiario, la de la Comunidad Autónoma que haya tramitado la solicitud de exportación) dispondrá de un plazo de seis meses para aceptar la oferta y de un año a partir de la aceptación para efectuar el pago que proceda. El incumplimiento de los referidos plazos supone la caducidad del derecho de adquisición en favor de la Administración, reintegrándose a su titular en la libre disposición del bien. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la denegación de la solicitud de exportación no supone la aceptación de la oferta en que se traduce la declaración del valor del bien, aceptación que ha de ser siempre expresa (arts. 33 LPHE y 50 del Reglamento de 1986).

La salida o exportación temporal de bienes integrantes del Patrimonio histórico español se regula en los arts. 31 LPHE y 52 a 57 de su Reglamento de 1986. Dadas las características de este supuesto, es comprensible la mayor permisividad del legislador a la hora de hacer posible la salida al extranjero de los bienes del Patrimonio histórico español. De ahí que no sólo los bienes cuya exportación definitiva puede ser autorizada sean destinatarios de esta posibilidad de salida temporal, sino que igualmente lo sean aquellos otros cuya exportación definitiva resulta prohibida, cual acontece con los bienes declarados de interés cultural (o que tengan incoado procedimiento de declaración). En todo caso, la salida temporal se halla sujeta a previa autorización, en la que habrán de constar los plazos de permanencia en el exterior, así como las condiciones de retorno y demás garantías, cuyo incumplimiento tiene la consideración de exportación ilícita, constitutiva de infracción administrativa, salvo que lo sea de delito, a tenor del art. 76.1 i) LPHE. Por otro lado, y

según precisa el art. 31.1 LPHE, sobre los bienes objeto de exportación temporal no se podrá ejercitar el derecho de preferente adquisición, esto es, quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 33 LPHE.

B) El segundo de los vectores sobre el que se proyecta la circulación externa de los bienes históricos es el referido a la importación. La filosofía que inspira su regulación estriba en el favorecimiento de la entrada en territorio nacional de las obras de arte, soslayando, una vez sitos en nuestro territorio, el régimen ordinario del Patrimonio histórico español, si bien fomentando su permanencia definitiva mediante el otorgamiento de determinados beneficios fiscales. Así, el art. 32.1 LPHE prescribe que los bienes muebles cuya importación haya sido realizada legalmente y esté debidamente documentada, de modo que el bien importado quede plenamente identificado, no pueden ser declarados de interés cultural en un plazo de diez años a contar desde la fecha de su importación. Prescripción de la que resulta la elusión de una de las más importantes consecuencias anudadas a la declaración de interés cultural, cual la prohibición de su exportación, si bien, y como consigna el art. 54 bis del Reglamento de 1986 (según versión introducida por el art. tercero.9 del Real decreto 64/1994), la salida temporal de los bienes a que se refiere el art. 32 LPHE no interrumpe el plazo de diez años previsto en este precepto, de suerte que el tiempo de duración de la salida temporal se computa a los efectos de los indicados diez años.

A mayor abundamiento, el número 2 del art. 32 LPHE señala que los bienes comprendidos en su ámbito de aplicación podrán exportarse (definitivamente) previa licencia de la Administración del Estado, sin que pueda ejercitarse, con ocasión de su exportación, derecho alguno de preferente adquisición respecto de los mismos. En todo caso, transcurrido el plazo de permanencia de diez años, los bienes afectados quedarán sometidos al régimen general de la LPHE, esto es, pasarán a ser considerados bienes integrantes del Patrimonio histórico español, con plena sujeción a las prescripciones de la LPHE y de su reglamento.

No obstante, y como medida de fomento tendente a adelantar el momento de la plena incorporación al Patrimonio histórico español de los bienes importados, el art. 72.2 LPHE dispone la exención de todo tributo con ocasión de las importaciones de bienes muebles que sean incluidos en el Inventario general o declarados de interés cultural, conforme, respectivamente, a los arts. 26.3 y 32.3 LPHE; precepto este último que permite la declaración de interés cultural de los bienes muebles importados si media solicitud en tal sentido por el propietario y la Administración del Estado resuelve que el bien en cuestión enriquece el Patrimonio histórico español. A tal efecto, la solicitud presentada por el propietario, en el momento de la importación, tendrá efectos suspensivos de la deuda

tributaria; deuda que, ha de entenderse, se satisfará de no producirse finalmente la inclusión en el Inventario general o la declaración de interés cultural.

C) Por otra parte, el art. 34 LPHE contempla un supuesto específico de salida (definitiva) al exterior de bienes del Patrimonio histórico español. En efecto, el citado precepto incorpora un mecanismo enderezado a lograr, desde la perspectiva de la diversidad, el enriquecimiento cualitativo de dicho patrimonio, al permitir que el Gobierno de la Nación concierte con otros estados la permuta de bienes muebles de titularidad estatal por otros de al menos igual valor y significado histórico. De este modo, el régimen de la permuta aparece como peculiar modulación del entramado dispositivo de sus bienes muebles por las administraciones públicas, tal y como puntualiza el art. 28.2 LPHE. En todo caso, la posibilidad de la permuta resulta condicionada a la emisión de informe favorable de las reales academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando y de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

D) Finalmente, ha de aludirse a las consecuencias derivadas de la ilícita salida al exterior de los bienes que integran el Patrimonio histórico español. Consecuencias rigurosas y graves, ciertamente, en consonancia con la trascendencia del hecho que las origina, en tanto que atentatorio a la integridad de aquél, y cuyo presupuesto viene representado por: la salida del territorio nacional de bienes cuya exportación está prohibida; la exportación efectuada sin la pertinente autorización administrativa; y, finalmente, el incumplimiento del plazo establecido o de cualesquiera otras condiciones en el caso de las exportaciones o salidas temporales. Y consecuencias que atañen, de un lado, a la situación jurídica del bien indebidamente exportado (o cuyo regreso no se ha producido en el tiempo y condiciones previamente fijados), y, de otro, a la vertiente infraccional de la salida ilícita.

Así, en primer lugar, el art. 29.1 LPHE anuda a la exportación de bienes integrantes del Patrimonio histórico español sin la autorización requerida por el art. 5 (*a fortiori*, igualmente, la salida de bienes inexportables) la pérdida de su titularidad por el propietario del bien, que pasará a pertenecer al Estado en calidad de inalienable e imprescriptible, encomendándose a la Administración del Estado la realización de los actos conducentes a lograr la recuperación de los bienes ilegalmente exportados (art. 29.2 y disposición adicional 6ª LPHE, que emplaza al Gobierno a negociar en los correspondientes acuerdos, convenios y tratados internacionales cláusulas tendentes a reintegrar al territorio español los bienes culturales exportados ilegalmente). No obstante, el art. 29.3

LPHE permite que el anterior titular del bien ilícitamente exportado, mediante la acreditación de la pérdida o sustracción previa del bien, solicite del Estado su cesión, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación y, en su caso, el reembolso del precio satisfecho por el Estado al adquirente de buena fe, presumiéndose la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una entidad de derecho público. De este modo, la eventual cesión a que se refiere el art. 29.3 LPHE modula el régimen de inalienabilidad proclamado en el art. 29.1, en precisión que reitera el art. 28.2 LPHE.

Por otra parte, el incumplimiento de las condiciones fijadas para el retorno a España de los bienes cuya exportación temporal haya sido autorizada tiene la consideración de exportación ilícita (art. 31.2 LPHE). Sin perjuicio de su tipificación como infracción administrativa (art. 76.1 i) LPHE), la calificación como «exportación ilícita» de este supuesto conduce, a efectos de la determinación de la situación jurídica del bien afectado, a su asimilación a la exportación sin autorización a que se refiere el art. 29 LPHE, y, por ende, a la atribución de su titularidad al Estado, en calidad de bien inalienable e imprescriptible, y sin perjuicio de la posibilidad contemplada en el art. 29.3 LPHE, a que antes se hizo referencia.

La segunda de las consecuencias dimanantes de la salida ilícita de bienes históricos es de índole sancionatoria. El art. 75.1 LPHE señala que la exportación realizada sin la autorización prevista en el art. 5 constituirá delito o, en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia; revistiendo carácter solidario la responsabilidad de cuantas personas hubieran intervenido en la exportación del bien, así como la de aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieran facilitado o hecho posible (segundo inciso del art. 75.1). El art. 75.2, por su parte, atribuye a la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español la competencia para fijar el valor de los bienes exportados ilegalmente.

6.2. La circulación de bienes históricos en el derecho comunitario europeo

8) El derecho comunitario europeo, desde la perspectiva que le es propia, ha dejado notar su influencia en el régimen de circulación de los bienes históricos de los estados integrantes de la Comunidad Europea o Unión Europea. Perspectiva, naturalmente, coherente con los fines y objetivos hoy fijados en los arts. 2, 3 y 4 del Tratado de 25 de marzo de 1957 (versión consolidada tras las modificaciones operadas por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997).

En este sentido, se afirma que la Comunidad Europea tiene por misión «promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una

unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contemplados en los artículos 3 y 4» la consecución de los fines u objetivos plasmados en el art. 2 del tratado. Políticas o acciones comunes entre las que figura, precisamente, «la prohibición, entre los estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente» (art. 3.1 a), así como la existencia de un mercado interior caracterizado por la supresión entre los estados miembros de los obstáculos a la libre circulación, entre otros, de mercancías (art. 3.1 c), y cuya concreción ha de buscarse en los arts. 28 a 31, que tipifican (capítulo II del título I, «Libre circulación de mercancías», de la tercera parte, «Políticas de la Comunidad») los supuestos que en cuanto restricciones cuantitativas entre los estados miembros devienen prohibidas en aras, justamente, de la preconizada libre circulación de mercancías, esto es, las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente (art. 28) y las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente (art. 29).

No obstante la rotundidad de las mencionadas prohibiciones, el art. 30 (antiguo art. 36) incorpora la posibilidad de modular las consecuencias derivadas de la plena y radical implantación de un sistema de libre circulación de mercancías y, correlativamente, de la total proscripción de restricciones cuantitativas a la exportación. Dice, en efecto, aquel precepto:

«Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, *protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional* o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los estados miembros».

La razón de ser del precepto transcrito es de fácil intelección. El legislador comunitario, consciente de las peculiaridades que adornan al llamado (en la versión española) patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, apodera expresamente a los estados miembros para que adopten las medidas necesarias en defensa de la preservación o protección del citado patrimonio, configurando, así, un régimen de excepción, entre otros, al general de libre circulación de mercancías proclamado en los arts. 28 y 29. De este modo, la perspectiva estrictamente económica o comercial, inherente a la Comunidad Europea, da paso a consideraciones de índole cultural, justificadoras de la posibilidad de imponer prohibiciones o restricciones a la libre exportación de bienes históricos.

Fernando López Ramón, si bien por referencia al art. 36, trasunto del actual 30, del Tratado de la Comunidad Europea, ha explicado del modo siguiente la economía del precepto. Entiende, así, en primer lugar, que las «prohibiciones o restricciones» a que el mismo alude no pueden adoptar la forma de derechos de aduana o exacciones de efecto equivalente, a que se referían, en su versión anterior a la consolidación a que ha dado lugar el Tratado de Amsterdam de 1997 (en la actualidad, art. 3.1 a)), los arts. 9 y 16 del Tratado de Roma de 1957, que, a diferencia de lo que ocurre con el art. 36, en relación con el 34 (actuales arts. 29 y 30), no consienten excepción alguna a su terminante enunciado. Por esta razón, continúa este autor, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea declaró contraria a los citados arts. 9 y 16 la exigencia de la tasa de exportación a que se refería la Ley italiana de 1 de junio de 1939 (Sentencia de 10 de diciembre de 1968, cuya doctrina ha incorporado a nuestro derecho la disposición adicional 2^a.4 del Reglamento de 1986, al excluir la tasa prevista en el art. 30 LPHE cuando el destino del bien sea un país de la Comunidad Europea.

En segundo lugar, el lícito establecimiento de restricciones o prohibiciones a la exportación ha de justificarse en razones de protección del Patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. Quiere decirse que las medidas adoptadas han de encontrar cobijo en criterios o parámetros de proporcionalidad, esto es, han de ser necesarias y adecuadas para conseguir el objetivo que legitima su válida implantación, la protección de aquel patrimonio, entendida como la garantía de la preservación y mantenimiento en territorio nacional de las expresiones que son testimonio de la riqueza o patrimonio nacional en sus manifestaciones artísticas, históricas o arqueológicas.

En tercer lugar, las prohibiciones o restricciones que nos ocupan «no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los estados miembros». Prescripción que, a juicio de López Ramón, pretende evitar tanto el establecimiento de posiciones jurídicas de ventaja en favor de los nacionales de cara a la exportación de bienes históricos, cuanto la proscripción de fines distintos de la mera defensa del patrimonio artístico, histórico o arqueológico.

En todo caso, el extremo cuya concreción, desde la perspectiva de las medidas que válidamente pueden adoptarse por los estados miembros en virtud de la habilitación conferida por el art. 36 (hoy, 30), reviste una mayor dificultad es el atinente a la propia amplitud y extensión del objeto de protección, a saber, el llamado «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional». En particular, se ha suscitado el interrogante tanto acerca del valor de las notas «artístico, histórico o arqueológico», en cuanto criterios delimitadores de la noción de patrimonio (y, consecuentemente, la eventual exclusión, como no pertenecientes a la citada noción, de otras no-

tas, cuales las relativas a lo etnográfico, científico, técnico, documental o bibliográfico), cuanto sobre el alcance del calificativo «nacional», a la hora de circunscribir el ámbito de protección definido por las prohibiciones o restricciones impuestas en aplicación del precepto comunitario, en la medida en que dicho calificativo parece denotar la apelación a bienes de singular relevancia, si bien plantea la duda, por un lado, de la eventual inclusión de bienes de interés no estrictamente nacional o estatal, sino meramente regional o local, y, por otro, remite a consideraciones atinentes al lugar de producción de este tipo de manifestaciones.

Pues bien, en esta tesitura se ha considerado que la noción de bien cultural, acuñada doctrinalmente y recibida en distintos textos normativos, tanto nacionales como internacionales, y de la que más arriba se dio cuenta, puede erigirse en importante criterio hermenéutico a la hora de acotar el ámbito de protección aquí discutido. Un ámbito de protección que ha de configurarse en términos amplios y generosos, si bien, en todo caso, sobre la base de criterios objetivos, que en última instancia remiten a la previsión de medidas procedimentales y organizativas adecuadas que permitan constatar la concurrencia de las notas de singularidad e importancia en los bienes cuya exportación puede lícitamente ser objeto de prohibiciones o restricciones. En definitiva, pues, la preconizada interpretación conduciría a implantar un sistema de listas, aun cuando no sean cerradas, sino sujetas a eventuales ampliaciones, con posibilidad incluso de proceder a la adopción de medidas cautelares y provisionales.

B) Expuesto el modo como el derecho comunitario originario ha contemplado la circulación de los bienes históricos, demos ahora cuenta de las normas de derecho derivado que se han ocupado del tema en cuestión. Éstas son las siguientes:

l Reglamento 3.911/92/CEE, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales. En vigor desde el 1 de abril de 1993 (art 11).

l Reglamento 752/93/CEE, de la Comisión, de 30 de marzo de 1993, relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento 3.911/92/CEE, del Consejo, relativo a la exportación de bienes culturales. En vigor desde el 1 de abril de 1993 (art. 11).

l Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 27 de marzo de 1993, su art. 18 prevé que en los nueve meses siguientes a su adopción (doce por lo que se refiere al Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania y el Reino Unido) los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en la misma.

Así pues, el hoy art. 30 del Tratado de la Comunidad Europea, los Reglamentos de 9 de diciembre de 1992 y de 30 de marzo de 1993 y la Directiva de 15 de marzo de 1993 constituyen el corpus normativo básico del derecho comunitario en materia de circulación de bienes históricos. En este sentido, ha de advertirse de que las disposiciones citadas de derecho derivado no suponen una regulación directa del régimen de circulación de aquellos bienes, esto es, no suponen un desarrollo normativo del referido art. 30, cuyos destinatarios no son las propias instituciones comunitarias sino los estados miembros, aunque ciertamente contribuyen a enmarcar el ámbito de aplicación del mencionado art. 30 y, en consecuencia, a delinear el espacio en cuyo seno los estados miembros pueden lícitamente dictar las prohibiciones y restricciones a cuya adopción habilita dicho precepto.

a) Los Reglamentos de 9 de diciembre de 1992 y de 30 de marzo de 1993 (normas de alcance general y obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada estado miembro: art. 249, II del Tratado de la Comunidad Europea) regulan la exportación de bienes culturales fuera del territorio aduanero de la Comunidad Europea. El sistema dispuesto, estudiado con profundidad y rigor por Luis Martín Rebollo, se articula sobre dos vectores. Uno, la supeditación de la exportación de bienes culturales al otorgamiento de la preceptiva autorización, que ha de emanar de la autoridad competente, en los términos de los dos guiones del art. 2.2 del Reglamento de 1992. Dos, la delimitación del ámbito a que se extiende la exigencia de autorización; ámbito configurado en torno a la noción de «bien cultural», cuyo concepto, empero, no se proporciona, ofreciéndose, en cambio, una descripción de dicha noción. En este sentido, dice el art.1 del Reglamento de 1992, se entenderá por «bienes culturales», a los efectos en él previstos, los bienes incluidos en la lista que figura en el anexo del citado reglamento. Anexo en el que se relacionan hasta catorce grupos o categorías de bienes (punto A), con expresión de los valores mínimos aplicables a determinadas categorías (punto B).

El descrito régimen da pie a constatar algo que formula el preámbulo del Reglamento del 92 y reitera su art. 1. A saber, en la medida en que este régimen resulta vertebrado sobre la delimitación de los bienes culturales cuya exportación fuera del territorio aduanero de la Comunidad Europea está supeditada al otorgamiento de la preceptiva autorización, es ajena a los fines del reglamento la definición del «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional» a que se refería el art. 36 (hoy, tras la versión consolidada, 30) del Tratado de la Comunidad Europea. Definición que, por tanto, queda imprejuizada y, en consecuencia, remitida a la competencia de los estados miembros, tal y como ratifica el art. 2.4 del propio Reglamento de 1992 cuando señala que «sin perjuicio

de lo dispuesto en el presente artículo, la exportación directa desde el territorio aduanero de la Comunidad de bienes con rango de patrimonio nacional que posean un valor artístico, histórico o arqueológico y que no constituyan bienes culturales en virtud del presente reglamento estará sometida a la legislación nacional del estado miembro exportador».

La autorización de exportación se configura no sólo como un mecanismo de control aduanero sino igualmente como instrumento que permite a los estados miembros preservar, en los términos dispuestos por las respectivas legislaciones nacionales, su Patrimonio artístico, histórico o arqueológico, tal y como previene el párrafo tercero del art. 2.2 del Reglamento de 1992, al consignar que la preceptiva autorización puede denegarse de estar amparados los bienes culturales cuya exportación se pretenda «por una legislación protectora del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico» en el estado miembro de que se trate. De este modo, la normativa comunitaria difiere a las instancias nacionales la valoración acerca de la incidencia que la exportación de bienes culturales pueda tener sobre la integridad de sus patrimonios nacionales.

b) La Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, por su parte, regula la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro. Norma de enorme calado, enderezada a preservar la integridad de los patrimonios nacionales mediante el establecimiento, como se dice en su preámbulo, de un sistema comunitario de protección de los bienes culturales. Sistema, en última instancia, dispuesto para hacer frente a uno de los más graves atentados contra la preservación de los patrimonios nacionales, la salida ilícita de los territorios nacionales de los bienes históricos.

El sistema instaurado por la directiva se articula sobre tres ejes, a saber: la delimitación del ámbito objetivo de aplicación, esto es, de los bienes que tienen la consideración de culturales a efectos de la puesta en práctica de los mecanismos de protección previstos en la directiva; la definición del concepto de «salida ilegal», en cuanto presupuesto de la aplicación de aquellos mecanismos; y, en tercer lugar, la regulación del procedimiento encaminado a lograr la restitución de los bienes culturales ilegalmente exportados.

En el art. 1 se contiene la definición de los conceptos básicos de la directiva. Así, en primer lugar, el de «bien cultural», caracterización que, a los efectos de la directiva, concurre en todo aquel bien clasificado como integrante del «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», en el sentido del art. 36 (hoy, 30) del tratado (clasificación que corresponde efectuar a cada estado miembro, según expresamente afirma el preámbulo de la directiva), y, en segundo lugar, pertenezca a alguna de las categorías que figuran en el anexo de la directiva, y que coinciden con las consignadas en el Reglamento de 9 de diciembre de 1992) o, aun no per-

teneciendo a alguna de estas categorías, forme parte de colecciones públicas (cuya definición se incorpora al art. 1.1 de la directiva) o de inventarios de instituciones eclesiásticas. De este modo, y al igual que ocurría con el Reglamento del 92, la noción que la directiva proporciona de bien cultural lo es exclusivamente a los fines en la misma previstos, esto es, lograr la restitución de los indebidamente exportados, sin que, por tanto, dicha noción agote el ámbito a que se refiere el art. 36 (ahora, 30) del Tratado de la Comunidad Europea.

En segundo lugar, la «salida ilegal» del territorio de un estado miembro se define sobre la base de la vulneración, en la exportación de un bien cultural en el sentido de la directiva, ya de la correspondiente legislación nacional, ya del Reglamento 3.911/92/CEE, que, según se dijo más arriba, implantaba el requisito de la preceptiva autorización a fin de considerar lícita la exportación de un bien cultural.

Finalmente, los arts. 5 y siguientes de la directiva articulan el régimen de la acción de restitución, que se estructura sobre el principio de colaboración entre las autoridades de los estados miembros (en particular, destaca la previsión en el art. 4 de un sistema de autoridades centrales encargadas de facilitar la identificación de los bienes culturales presumiblemente exportados de forma ilegal), y orientada a lograr la devolución material del bien cultural al territorio del estado miembro requirente, cuya legislación será la rectora en cuanto a la determinación de la propiedad del bien una vez efectuada la restitución (art. 12). En todo caso, el procedimiento de restitución previsto en la directiva lo es sin perjuicio de las acciones civiles o penales de que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los estados miembros, el estado requirente y/o el propietario del bien cultural ilegalmente exportado (art. 15).

c) Pues bien, la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de los bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro, ha sido incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 36/1994, de 23 de diciembre (Boletín Oficial del Estado del siguiente 24), modificada, a su vez, por la Ley 18/1998, de 15 de junio, de incorporación de la Directiva 96/100/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997, de modificación del anexo de la Directiva 93/7/CEE.

La Ley 36/1994, cuya entrada en vigor se produjo, en ausencia de prescripción expresa, a los veinte días de su publicación (art. 2.1 del Código civil), se aplica a las salidas ilegales producidas a partir del 1 de enero de 1993 (disposición transitoria única). Su contenido puede ser descrito, en síntesis, del modo que sigue:

l Su art. 1 define el bien cultural a los efectos perseguidos. Definición montada (número 1) sobre dos criterios, a saber, su clasificación, anterior o posterior a su salida ilegal del territorio nacional, como «patrimo-

nio artístico, histórico o arqueológico nacional» en el sentido del art. 36 (hoy, en la versión consolidada, 30) del Tratado de la Comunidad Europea, y se encuentre incluido en inventarios de instituciones eclesiásticas o forme parte de colecciones públicas (según la caracterización del número 2 de este art. 1), o, alternativamente, pertenezca a alguna de las categorías y alcance los valores reseñados en las letras A y B del art. 1.1.

¶ Se declara competente para conocer de las demandas oportunas al orden jurisdiccional civil (art. 2); demandas que habrán de tramitarse según lo dispuesto, y sin perjuicio de las especialidades consignadas en la ley, en la Ley de enjuiciamiento civil para los juicios verbales (art. 3).

¶ A los efectos del pertinente proceso, se consideran legitimados de modo activo a los estados miembros de la Comunidad Europea de cuyo territorio haya salido de forma ilegal el bien cultural (art. 4), en tanto que la legitimación pasiva se predica de quienes tuvieran la posesión o simple tenencia del bien cuya restitución se reclame (art. 5).

¶ La acción de restitución prescribe en el plazo de un año (que se computa a partir de la entrada en vigor de la ley: disposición transitoria única), contado desde que el estado requirente haya tenido conocimiento del lugar en que se encontraba el bien cultural y de la identidad del poseedor o tenedor (párrafo primero del art. 6.1). En todo caso, transcurridos treinta años desde la fecha en que el bien cultural haya salido del territorio del estado requirente la acción de restitución se considerará prescrita (párrafo segundo del art. 6.2), salvo que se trate de bienes pertenecientes a colecciones públicas y bienes eclesiásticos sometidos según su legislación nacional a un régimen especial de protección, supuesto en el que la acción de restitución prescribirá a los setenta y cinco años; o, bien, cuando la acción sea imprescriptible, a tenor de la legislación del estado requirente, o se haya establecido, en el marco de convenios bilaterales, un plazo de prescripción superior a los consignados (párrafo tercero del art. 6.1).

Acción de restitución cuyo ejercicio no será obstáculo para el de cuantas acciones, civiles, penales o de otra naturaleza, reconozcan las legislaciones nacionales de los estados miembros de la Comunidad Europea (art. 6.2).

¶ La admisibilidad de la demanda se supedita al cumplimiento (cuya inobservancia dará lugar a que el juez, de oficio y sin audiencia de las partes, dicte auto de inadmisión: art. 7.2) de estos requisitos: la aportación de un documento en que se describa el bien reclamado y se certifique su clasificación como bien cultural; la adjunción de una declaración de las autoridades competentes del estado demandante acerca de la salida ilegal del bien cultural y de la persistencia de esta circunstancia en el momento de la presentación de la demanda (letras a) y b) del art. 7.1). La declaración del carácter ilegal de la salida debe precisar si la ilegalidad denuncia-

da lo es por infracción de la legislación en materia de Patrimonio histórico español o de las disposiciones del Reglamento 3.911/92/CEE. Asimismo, de tratarse de una expedición temporal realizada legalmente que haya devenido en una situación ilegal, la pertinente declaración habrá de precisar si el incumplimiento lo es de la obligación de devolución, una vez transcurrido el plazo de ésta, o se refiere a la infracción de alguna de las demás condiciones de la expedición temporal (último párrafo del art. 7.1).

¶ De estimarse la demanda de restitución, la sentencia ordenará la devolución material del bien cultural al territorio del estado requirente, y otorgará al poseedor una indemnización equitativa de tener el juzgador la convicción de que aquél ha actuado siempre con la diligencia y buena fe debidas. En ningún caso procederá recurso ordinario contra las sentencias dictadas en estos procesos (art. 8).

¶ La indemnización del poseedor será satisfecha por el estado requirente en el momento en que sea firme la sentencia de restitución, debiendo aquél consignar ante el órgano judicial el importe de dicha indemnización, así como el de los gastos ocasionados por la conservación del bien reclamado, en cuanto requisitos previos para proceder a la ejecución de la correspondiente sentencia. Asimismo, serán sufragados por el estado requirente los gastos derivados de la ejecución de la sentencia de restitución (art. 9). ◻

Bibliografía

- GIANNINI, Massimo Severo: *I beni culturali*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1976, 3 ss.
- CAVALLO, Bruno: *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, II, 113 ss
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón: *La legislación española sobre el Patrimonio Histórico-Artístico. Balance de situación de cara al futuro* Centro Asociado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Cádiz, 1978.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Prólogo de PÉREZ MORENO, Alfonso. Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid, 1990.
- ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Prólogo de Martín Mateo, Ramón. Civitas, Madrid, 1992.
- FUENTES CAMACHO, Víctor: *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, prólogo de González Campos, Julio D. Beramar, Madrid, 1993.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, prólogo de MARTÍN REBOLLO, Luis. 2 tomos, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario: *Los espacios culturales y la ordenación urbanística*, Marcial Pons-Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Madrid, 1994.
- PRESAS BARROSO, Concepción: *El patrimonio histórico eclesiástico en el Derecho español*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994.
- MOTILLA, Agustín: *Régimen jurídico de los bienes histórico-artísticos de la Iglesia católica*, Eurolex, Madrid, 1995.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «La movilidad del Patrimonio Histórico Español en la Comunidad Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 75, 1992, 359 ss.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: *El comercio del arte y la Unión Europea. La legislación española del Patrimonio Histórico y el mercado interior: la normativa comunitaria sobre exportación y tráfico de bienes culturales*, Fundación Universidad-Empresa/Civitas, Madrid, 1994.
- ALIBRANDI, Tommaso/FERRI, Piergiorgio: *I beni culturali ed ambientali*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1985.
- El Patrimonio cultural en el Consejo de Europa. Textos, conceptos y concordancias*, dirigido por Moreno de Barreda, Fernando. Hispania Nostra-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

A LEI PARA PROMOVE-LA CONCILIACIÓN DA VIDA FAMILIAR E LABORAL DAS PERSOAS TRABALLADORAS

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de dereito do traballo e da seguridade social.
Universidade de Vigo

I. Antecedentes

A maternidade e a atención á familia constitúen dúas condicionantes dunha importancia sobresaliente no acceso, o mantemento e a promoción no emprego das mulleres. Con respecto á maternidade, a súa dificultade de compatibilizar esta cos ditos obxectivos laborais resulta sorprendente: non só se trata dunha experiencia absolutamente común, senón que ademais desempeña unha función social de capital importancia¹. Sen embargo, un breve repaso ás condicións de traballo nas empresas pon de manifesto o fracaso na tarefa de harmonizar o traballo asalariado coas responsabilidades maternas e parentais, harmonización que constitúe unha necesidade primaria para a maior parte das familias.

Nestas materias, a dicotomía entre igualdade e diferenza por razón de sexo manifesta os seus equilibrios máis inestables. Non hai dúbida de

¹ Sobre o particular, así como sobre a temática que se aborda nestes parágrafos, véxase FREDMAN, S., *A difference with distinction: pregnancy and parenthood reassessed*, *The Law Quarterly Review*, vol. CX, 1994, pp. 106 ss.

que unha muller é diferente dun home cando está embarazada². Sen embargo, a significación desta diferenza e, sobre todo, os efectos legais que dela se deben deducir, son ámbalas dúas cuestións moi delicadas. E, para chegar a solucións equilibradas, debe partirse dunha idea básica, que é –xa se apuntou– o valor social da paternidade, a partir do cal deben formularse regras legais que o tomen en consideración na súa xusta medida.

* * *

Xa a partir da Revolución Industrial, a ruptura progresivamente acusada entre o fogar e o lugar de traballo, a orixe dos cales debe buscarse nas correntes migratorias cara ós centros urbanos, propiciou un estereotipo de muller traballadora cunhas obrigacións laborais que estaban en permanente conflito coas súas tarefas familiares e maternais. Como describiu algunha autora, orixinouse unha tensión entre o seu papel productivo e o seu papel reproductivo³. O home foise centrando nas tarefas productivas, progresivamente reguladas polo nacente dereito do traballo, en relación causa-efecto cunha retirada da muller cara ós ámbitos máis informais da economía e cara ó coidado do fogar⁴. Estas tendencias, que propiciaron a retirada –ou mellor expulsaron– a muller do mercado de traballo, coincidiron cunha transformación do propio concepto de familia, desde un entendemento extenso que caracterizaba as sociedades agrarias cara a unha comprensión máis estricta como núcleo de relación entre pais e fillos non independizados. E, nesta redefinición, á muller asignóuselle a responsabilidade sustentadora desta familia nuclear.

Ben é certo que a muller nunca deixou de realizar traballo retribuído, especialmente en certos sectores, como o téxtil ou a alimentación, pero o matrimonio e o embarazo foron considerados durante longos anos sinais inequívocos de exclusión do mercado laboral, ós cales se anoaban certas institucións xurídicas de afastamento da muller do contrato laboral que ata entón viña mantendo⁵. As citadas institucións –dito sexa de paso– non foron patrimonio exclusivo do ordenamento xurídico español⁶ e propiciábanlle unha dedicación exclusiva á familia, só reversible,

² E non debe perderse de vista que admitir esta diferenza non implica outorgarlle lexitimidade a un tratamento discriminatorio. Neste sentido, MANCINI, G. F. e O'LEARY, S., *The new frontiers of sex equality law in the European Union*, *European Law Review*, vol. 24, 1999, p. 338.

³ FREDMAN, S., *op. cit.*, p. 107.

⁴ Véxase CASAS BAAMONDE, M. E., *Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*, RL, 1998-I, p. 91.

⁵ Sobre estas institucións, vg., GÓMEZ DE ARANDA Y SERRANO, L., *La excedencia y la dote laboral de la mujer trabajadora*, RPS, nº 86, 1970.

⁶ Sobre institucións xurídicas británicas similares, FREDMAN, S., *op. cit.*, p. 107.

normalmente cara a ámbitos informais da economía, en casos de infortunio familiar.

Estas tendencias, á súa vez, alimentaban unha concepción do ordenamento xurídico laboral a partir dun traballador arquetípico, home, dotado dunha relación laboral cada vez máis estable e a xornada completa, preferiblemente no sector industrial e como responsable exclusivo do sustento económico da familia. Realmente, a configuración do dereito do traballo nos modelos europeos responde a este esquema. Por certo, o esquema vixente cando as mulleres, sobre todo a partir da Segunda Guerra Mundial, empezaron a integrarse progresivamente no mercado de traballo, primeiro en certos sectores moi concretos –vg., servicios educativos ou sanitarios–.

A integración da muller ía resultar –e aínda resulta, desde logo– traumática. En primeiro lugar, porque a súa contribución ó mantemento da unidade familiar percibíase como simplemente accesoria da principal fonte de sustento, constituída polo salario do cabeza de familia masculino⁷, o que propiciou a aparición de discriminacións salariais directas e indirectas, abertas e ocultas⁸. Pero, sobre todo, porque se incorporaba a un réxime de traballo por conta allea concibido para homes que fixeran abandono das obrigas familiares nas súas parellas do outro sexo. E iso tamén tivo reflexo nas construcións xurídicas da época, de corte igualitarista, que predicaban unha igualdade formal de dereitos nun contexto onde as tarefas domésticas seguían a considerarse de responsabilidade exclusiva ou predominantemente feminina. É dicir, as mulleres, ademais de participar no mercado de traballo, asumían as tarefas sociais reproductivas e familiares. É o fenómeno descrito como de «dobre xornada»⁹.

Pero, ademais, esta integración no mundo laboral coincide cun momento de crise do modelo clásico de relación laboral por tempo indefinido e de crise do emprego en xeral. A tendencia da empresa cara a modelos organizativos máis flexibles esixe maior adaptación e dispoñibilidade dos traballadores, características estas que moitas veces entran en colisión coa posibilidade de facer compatible a vida laboral e a vida familiar. Desde

⁷ No desenvolvemento desta idea, CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*, p. 92.

⁸ Ó respecto desta materia, que non é este o lugar propicio para desenvolver, véxase o art. 141 do texto consolidado do tratado CEE e Directiva 75/117/CEE, do 10 febreiro, relativa á aproximación das lexislacións dos estados membros en canto á aplicación do principio de igualdade de retribución entre os traballadores masculinos e femininos. Sobre ela, vg., QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons (Madrid, 1996), con referencias concretas ó art. 28 do Estatuto dos traballadores. Á materia da discriminación retributiva dediqueime en CABEZA PEREIRO, J., *Discriminación salarial indirecta por razón de sexo*, RL, 1994-II, pp. 486 ss.

⁹ De novo convén a cita de CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*, p. 93.

esta perspectiva, pode afirmarse que as características actuais dos contornos empresariais «masculinizan» o traballo, se entendémo-la «masculinización» desde a perspectiva dunha repartición clásica de papeis na que ó home lle corresponde o traballo productivo, con absoluta cesión á muller das funcións reproductivas e familiares. De aí que situémo-las mulleres nunha difícil disxuntiva: ou o abandono das expectativas profesionais ou o abandono das súas responsabilidades familiares. As consecuencias desta encrucillada, en termos de descenso da nupcialidade, pero sobre todo –o que é máis grave– de descenso da natalidade resultan tan evidentes que non fai falla insistir nelas. E, nunha liña de tendencia converxente, todos estes fenómenos suceden nun momento de crise do concepto de familia nuclear tradicional, coa aparición de unidades ata hai pouco tempo moi excepcionais: familias monoparentais, convivencia *more uxorio* ou entre parellas do mesmo sexo, ou fusión de núcleos familiares diversos derivados de separacións ás que seguen novas convivencias cunha parella con responsabilidades familiares. Todo isto suscita novas situacións e complexidades na compatibilización da vida laboral e da vida familiar.

Por outra parte, esta mesma crise do estereotipo de traballador fabril con contrato indefinido e a xornada completa proxéctase de forma moi clara nos mecanismos de integración laboral da muller. Contratos atípicos –de duración determinada, a tempo parcial, a domicilio, teletraballo...¹⁰– constitúen en porcentaxes particularmente elevadas as modalidades de traballo da poboación feminina ocupada.

* * *

E a progresiva integración da muller no mercado de traballo esixe que se formule en toda a súa complexidade o binomio igualdade-diferencia e extraer del as consecuencias precisas. Constatar que home e muller son diferentes abre múltiples posibilidades. Ademais, debe constatar que non tódalas mulleres son iguais, pois a fertilidade e o desexo de reprodución non son características compartidas por todas. No polo oposto, negar toda diferenza entre ámbolos sexos pode propiciar reivindicacións de absoluta equiparación de dereitos a partir do argumento de que non existe base obxectiva para calquera desigualdade.

Pero as perspectivas igualitaristas son perigosas. Por exemplo, porque non aseguran ningunha protección nos casos nos que non exista un home en situación similar. Pénsese no caso da maternidade: como non é posible encontrar unha persoa do sexo oposto na mesma situación, non se lle esixe ningún tipo de protección á muller, pois ó home, por hipótese, nun-

¹⁰ Sobre este tema, vg., CASAS BAAMONDE, *Transformaciones del trabajo*, pp. 96-7.

ca se lle dispensará¹¹. En efecto, o principio de equiparación de dereitos entre sexos non esixe en si mesmo a garantía de estándares mínimos. Podería postularse a utilidade do canon do «home enfermo» como elemento de comparación coa muller embarazada ou que dera a luz, pero en tal caso –e á marxe doutras consideracións– a protección da muller nas ditas situacións faríase dependente da protección da enfermidade¹².

Outro problema desta perspectiva de equiparación refírese ó soporte dos custos derivados destas circunstancias que, por razóns biolóxicas ou sociais, lles incumben ás mulleres. Se non é posible encontrar un elemento de comparación, ou o dito elemento resultase incorrecto, nada impediría imputarlle os ditos custos ó empresario, cos conseguintes efectos negativos no emprego das mulleres. Incluso máis: podería argumentarse que se lle conceden á muller certos beneficios que ó home se lle denegan, de modo que a discriminación sería neste caso deste en relación con aquela¹³.

Convén, polo tanto, abandonármolas perspectivas igualitaristas e partirmos do recoñecemento do valor social da maternidade. Hai que abandonar tamén o punto de vista «masculino» de conformidade co cal a dita situación constitúe unha desviación da normalidade. Outro tanto pode dicirse da atención á familia. E, sobre todo, articular unhas normas que cumpran un cuádruplo obxectivo: en primeiro lugar, garantirlle protección á muller contra o despedimento e contra os tratamentos desfavorables derivados do exercicio destes dereitos de ausencia ó traballo. En segundo lugar, asegurarlle uns dereitos substantivos e de Seguridade Social efectivos durante a maternidade que lle garantan uns ingresos suficientes e o mantemento do posto de traballo para cando finalicen as situacións protexidas. En terceiro lugar, prever unha adecuada protección da saúde da traballadora embarazada, sobre todo contra os riscos derivados do medio onde desenvolve a prestación dos seus servicios. E, en cuarto lugar, promover unha corresponsabilización do pai no coidado da familia. Ou, se se prefire, unha asunción máis efectiva das obrigas que derivan da paternidade e do coidado de menores e familiares. En suma, que a compatibilización da vida laboral e da familiar non constituía un obxectivo unicamente da nai, senón compartido por ámbolos proxenitores ou polos traballadores dun e doutro sexo.

¹¹ Véxase este argumento, máis desenvolvido, en WINTERMUTE, R. *When is Pregnancy discrimination sex discrimination?* *Industrial Law Journal*, vil. 27, nº1, 1998, pp. 23 ss.

¹² Sobre esta posible comparación, vg., MANCINI, G. F. e O'LEARY, S., *The new frontiers of sex equality law in the European Union*, cit., p. 338.

¹³ Sobre a aproximación xurídica a esta materia no Reino Unido e nos EE.UU. FREDMAN, S., *op. cit.*, pp. 111 ss.

A realidade existente no tecido social español da medida de cómo urxe unha acción decidida, e non só no plano lexislativo, para afrontar os problemas laborais derivados da atención á familia. Un recente documento creado por un grupo de expertos para a Comisión Europea, *Care in Europe*¹⁴, pon de manifesto que o Reino de España é un dos estados membros nos que se mantén unha maior porcentaxe de atención informal cara ás persoas dependentes no seo da familia. Así mesmo, que é o que menos servicios sociais dispón para a atención institucional ou domiciliaria destas persoas. O cal, ademais, agudízase pola escasa sensibilidade do lexislador español cara á protección da familia, a pesar do mandato constitucional do art. 39. En efecto, as prestacións económicas son, á vez, de moi escasa contía, e limitadas a supostos moi concretos. E estas deficiencias recaen nunha medida desproporcionadamente alta nas mulleres e a súa posibilidade de desempeñar unha actividade retribuída vese condicionada de forma moi severa.

* * *

A lexislación interna e internacional desde antigo veulle prestando atención á conciliación da vida laboral e das responsabilidades familiares, aínda que inicialmente só desde a perspectiva da muller embarazada e, máis indirectamente, do xestante e do lactante¹⁵.

En efecto, os dereitos derivados da maternidade foron recoñecidos pola OIT desde os seus primeiros anos de existencia. En 1919 aprobouse o Convenio número 3, sobre o emprego das mulleres antes e despois do parto¹⁶, anos máis tarde revisado polo Convenio número 103, de 1952, sobre a protección da maternidade¹⁷. Instrumentos, os dous primeiros, indubidablemente esixentes para a época en que viron a luz, obtiveron ata o día de hoxe un número non excesivo de ratificacións, aínda que constituíron un modelo para as lexislacións internas de non poucos estados¹⁸. E, ademais, tamén hai que cita-la Recomendación número 123, de 1965, sobre o emprego de mulleres con responsabilidades familiares. Pola súa parte, o Convenio número 156, de 1981¹⁹, sobre os traballado-

¹⁴ Cita recollida de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)*, RL, nº 17, 1999, p. 4.

¹⁵ Así o pon de manifesto, vg., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *ibid.*, p. 1.

¹⁶ Ratificado por España o 13 de xullo 1922.

¹⁷ Ratificado por España o 26 de maio 1966 (BOE do 31 agosto).

¹⁸ Para obter datos máis precisos, véxase FREDMAN, S., *op. cit.*, p. 117.

¹⁹ A este convenio acompañao a Recomendación 165, sobre o mesmo tema, que prevé posibles medidas concretas para permiti-la compatibilización entre a vida laboral e a vida familiar. Sobre elas, en termos xerais, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *op. cit.*, p. 2.

res con responsabilidades familiares, ó que se lle achega unha recomendación número 165, esíxelles ós estados asinantes incluír entre os obxectivos da súa política nacional o impulso de medidas que lles permitan ás persoas con obrigas familiares exercer-lo seu dereito a traballar sen discriminación e sen que, na medida do posible, entren en conflito as ditas obrigas coas súas responsabilidades laborais²⁰.

Polo que respecta ó ámbito da Unión Europea, debe tomarse en consideración en primeiro lugar a Directiva 92/1985/CE, do 19 de outubro, relativa á aplicación das medidas para promover a mellora da seguridade e da saúde no traballo da traballadora embarazada, que dera a luz ou en período de lactación. Constitúe unha das directivas específicas previstas no art. 16 da Directiva 89/391/CEE, do 12 xuño de 1989²¹, polo tanto dictada de acordo co procedemento antes previsto no art. 118-A do Tratado de Roma, en redacción procedente da Acta única europea. Trátase dun texto moi condicionado pola súa propia historia legislativa, moi ambicioso nun principio, pero progresivamente erosionado nos seus propósitos máis sobresaíntes a causa das reticencias mostradas polo Executivo británico de Mrs. Thatcher e Mr. Major²².

E, ademais, hai que tomar en consideración a Directiva 96/34/CE, do 3 de xuño, que incorpora o Acordo marco sobre o permiso parental efectuado pola UNICE, o CEEP e o CES, aprobada de acordo co procedemento recollido no Acordo de política social anexo ó Tratado de Maastricht²³, que recoñece o dereito de traballadores e traballadoras a certos permisos con ocasión do nacemento e da adopción de menores, e de ausencia ó traballo en casos de forza maior.

²⁰ Vid., citadas, outras normas internacionais en CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida laboral de las personas trabajadoras*, AS, nº 7, 1999, p. 13.

²¹ Relativa á aplicación de medidas para promover a mellora da seguridade e a saúde dos traballadores no traballo.

²² Sobre esta historia, ELLIS, E., *Protection of Pregnancy and maternity*, *Industrial Law Journal*, vol. 22, nº 1, 1993, pp. 63 ss. Tamén, SZYSZCZAK, E., «La Directiva 92/1985 sobre protección de la maternidad», en VV.AA., *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Aranzadi (Pamplona, 1997) pp. 235 ss. e JACQMAIN, J., *La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, y su trasposición al Derecho belga)*, RL, 1997-I, pp. 1249 ss.

²³ Sobre esta directiva, vg., CASAS BAAMONDE, M. E., *Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental*, RL, 1996-II, pp. 85 ss. Esta directiva aprobouse despois dunha proposta frustrada de directiva relativa ós permisos parentais e ós permisos por forza maior, do 24 de novembro de 1983, modificada o 15 de novembro de 1984. Previamente a aquela, aprobouse unha recomendación sobre coidado de fillos (Recomendación do Consello 92/241/CE). Sobre ela, SZYSZCZAK, E., *op. cit.*, p. 244.

Unha e outra directiva, a análise do seu contido agora se omite, trasláanse –ou para sermos máis precisos, complétase a súa transposición– mediante a Lei 39/1999, do 5 de novembro, para promover a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras. Esta lei insírese nun contexto normativo no que xa desde tempo atrás se viñera prestando atención á maternidade, tanto desde a perspectiva da saúde da muller embarazada coma do coidado do xestante ou do lactante, así como á atención das obrigas familiares.

Pero, antes de entrar na análise da lei, debe terse en conta que outras directivas inciden de modo moi notable na protección do emprego da muller ante estas situacións de embarazo e de necesidade de atender a familia. En non poucas ocasións, utilizouse o abeiro das directivas 75/117/CEE, do 10 de febreiro e 76/207/CEE, do 9 de febreiro. En realidade, tódalas sentencias que se enfrontaron a supostos de feito anteriores á aprobación das directivas sobre protección do embarazo e sobre permiso parental, deberon buscar apoio nunha ou noutra daquelas²⁴. Aínda que ben é certo que a utilización dunha ou doutra norma derivada non é cuestión exenta de efectos secundarios. Quizais algún exemplo poida ilustrar esta afirmación: no asunto *Hofmann v. Barmer Ersatzkasse* (1984)²⁵ suscitouse a adecuación á Directiva 76/207 dunha normativa que só lles garantía permisos para o coidado de nenos ás mulleres. O Tribunal de Luxemburgo considerouna axeitada, e argumentou que a dita norma derivada non perseguía resolver cuestións de organización da familia ou de división de responsabilidades entre os pais. E concluíu que o obxectivo dese permiso era evitarlles ás mulleres certas complicacións que resultaban do simultáneo cumprimento das súas obrigas laborais e do coidado dos nenos. Quizais a decisión de fondo poida compartirse, pero non a argumentación, pois o tribunal parte dunha división de roles entre home e muller na que esta é a principal responsable da atención á familia. Expresa unha ideoloxía onde se espera que nai e fillo teñan unha relación moi íntima, na que este recibe unha constante atención exclusivamente por parte da nai²⁶. Outro caso moi significativo é o asunto *Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance* (1998)²⁷. Nel decidiuse que era contraria á Directi-

²⁴ Sobre a dita doutrina xudicial, pode consultarse o traballo de GORELLI HERNÁNDEZ, I., *Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia*, REDT, nº 97, 1999, pp. 729 ss., sobre todo pp. 735 ss. Pode consultarse tamén o moi interesante e anterior traballo de SHAW, I., *Pregnancy discrimination is sex discrimination*, *European Law Review*, vol. 16, 1991, pp. 313 ss.

²⁵ Asunto 184/83.

²⁶ Véxase esta crítica en MCGLYNN, C. e FARRELLY, C., *Equal Pay and the «Protection of women within family life»*, *European Law Review*, nº 24, vol. 2, 1999, pp. 205-6.

²⁷ Asunto 243/95.

va 75/117 unha práctica de conformidade coa que o tempo durante o cal as traballadoras traballaran en réxime de traballo compartido (*job sharing*) só contaba pola metade para os efectos da escala salarial en que debía situarse ás afectadas cando volveran ó réxime de xornada completa. Na súa argumentación, constándolle o dato de que na función pública irlandesa o 83 por 100 do traballo compartido debíase á necesidade de compatibilizar responsabilidades familiares e laborais, a Corte luxemburguesa declarou que é política comunitaria «fomentar, e, se é posible, adapta-las condicións de traballo ás responsabilidades familiares». Esta doutrina –ben recente, como pode comprobarse– chama a atención, non só porque supón un xiro radical desde a perspectiva anteriormente exposta en *Hofmann*, senón porque reincide no seu defecto fundamental: a atención da familia é responsabilidade das mulleres. O dereito comunitario cumpre a función de protexe-los roles sociais antes que de combatelos. Polo menos iso era así ata a aprobación da directiva sobre o permiso parental.

En fin, pese ó dito, non pode negarse que ambas –Directivas 75/117 e 76/207– desempeñaron un papel de capital importancia na protección da maternidade, desde o asunto *Dekker* (1990) ata os máis recentes *Brown e Thibault*, ámbolos dous resoltos en 1998²⁸ e *Becu*²⁹, de 1999. E, por outra parte, tamén pode achacárselle á Directiva 92/85, sobre protección da maternidade, o mesmo defecto de preservar-la tradicional repartición das tarefas familiares. En efecto, só á nai se lle garante o dereito ó permiso por maternidade e a uns ingresos non inferiores ós que se lle concederían en caso de enfermidade. Claro que a Directiva 92/85 cumpre unha función racionalizadora clara, que pode verificarse coa análise da doutrina do Tribunal de Luxemburgo: as traballadoras embarazadas poden argumentar discriminación de acordo coas directivas 76/207 e 75/117, e tamén ampararse na Directiva 92/85. Durante a baixa por maternidade, regúlanse pola Directiva 92/85 –e tal vez pola 76/207, pero non pola 75/117, salvo para aspectos moi puntuais³⁰–, porque a súa per-

²⁸ Sobre *Brown*, vg., MANGINI E O'LEARY, *op. cit.*, pp. 339 ss. Sobre *Thibault*, CARACIOLO DI TORELLA, E., *Thibault «in context»: Exiting the Maze?*, *Industrial Law Journal*, vol. 27, 1998, pp. 373 ss.

²⁹ Asunto 22/98. Sentencia do 16 setembro de 1999. Tamén é de interese, aínda que non admite a existencia de discriminación, o Asunto 218/98, *Abdoulaye*, Sentencia do 16 de setembro de 1999.

³⁰ Téñase en conta, como exemplo, a Sentencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades do 21 de outubro de 1999, que considera que a negativa dun empresario a lles conceder ás mulleres que gozan de permiso parental con suspensión do contrato de traballo o pagamento dunha gratificación de carácter voluntario, sen tomar en consideración o traballo realizado durante o ano en que se concede a dita gratificación nin os períodos de maternidade, é contraria ó principio de igualdade de retribución entre homes e mulleres. Véxase unha nota a esta sentenza en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 414, 1999, p. 7-1.

cepción económica non é salarial. E, despois da maternidade, nin na Directiva 92/85 nin na 76/207, en tanto que a súa situación volve ser equiparable coa dun home³¹.

E non houbo unha decisiva opción comunitaria por fomentar unha maior asunción de responsabilidades familiares dos pais ata a Directiva 96/34. Máis recentemente, outros desenvolvementos normativos incluíron materias que acaso propicien doutrina xudicial referida á conciliación de responsabilidades familiares e laborais, que ata a actualidade só moi tenuemente pode preverse. Refírome ás directivas 97/80/CE do Consello, do 15 de decembro de 1997, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo e 97/81/CE, do 15 decembro de 1997, relativa ó Acordo marco sobre o contrato a tempo parcial³².

* * *

Sen remontarse a antecedentes máis afastados, o certo é que a lexislación española da última década considerou diversas reformas lexislativas sobre estes temas. Todas elas responden a un parecido impulso de ampliar os dereitos derivados da maternidade e do coidado da familia e ampliar, se é o caso, a acción protectora da Seguridade Social. Pode citarse, en primeiro lugar, a Lei 3/1989, do 3 marzo, sobre maternidade e igualdade de trato da muller traballadora, que levou a cabo unha decisiva modificación na materia³³. A continuación, a Lei 42/1994, do 30 decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orden social, que mellorou decisivamente o subsidio por maternidade, á vez que o separou da incapacidade laboral transitoria³⁴ e a Lei 4/1995, do 23 marzo, reguladora do permiso parental e por maternidade, que ampliou os dereitos do traballador excedente por coidado dun fillo, ben que con algún recorte en materia de prestacións familiares de Seguridade Social³⁵. A continuación, a Lei 13/1996, do 30 decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde

³¹ Vid. esta disquisición, con máis amplitude, en CARACCILO DI TORELLA, E., *Recent Developments in Pregnancy and Maternity Rights*, *Industrial Law Journal*, vol. 28, 1999, pp. 276 ss. Tamén, en GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 739 ss.

³² Sobre ela, vg., CABEZA PEREIRO, J. e LOUSADA AROCHENA, F., *El nuevo régimen legal del contrato a tiempo parcial*, Comares (Granada, 1999) pp. 16 ss.

³³ Ámbalas análises desta en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros*, RL, 1989-I, pp. 1141 ss. e en SEMPERE NAVARRO, A.V., *La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora*, RL, 1989-II, pp. 85 ss.

³⁴ Véxase PALOMO BALDA, E., e ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad permanente, maternidad e invalidez permanente*, RL, 1995-I, p. 1093.

³⁵ Véxase o comentario de ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. e MERCADER UGUINA, J. R., *Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo*, RL, 1995-I, pp. 1214 ss.

social aproximou parcialmente a maternidade/paternidade adoptiva á maternidade biolóxica. En fin, non debe obviarse unha última e máis puntual reforma legislativa como foi a do art. 30.1 f) da Lei 30/1984, de medidas para a reforma da función pública, polo art. 50 da Lei 66/1997, do 30 decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, auténtico precedente sobre permisos para o coidado doutros familiares distintos dos menores³⁶. E, por último, hai que lembra-lo Real decreto-lei 11/1998, do 4 setembro, polo cal se introduciu a bonificación do 100 por 100 na cota empresarial á Seguridade Social no caso do interino que substitúe os traballadores co contrato en suspenso por maternidade, adopción ou acollemento³⁷, sempre que o substituto sexa un desempregado demandante de emprego.

E xa para entón transcorría o prazo legal para traspoñerlle ó dereito interno a Directiva 96/34/CE.

2. Xénese

Polo menos sobre o papel, a Directiva 92/1985 fora incorporada ó dereito interno por medio do art. 26 da Lei 31/1995, do 8 novembro, de prevención de riscos laborais. Sen embargo, varias foron as críticas que se verteron ata o momento sobre a correcta transposición³⁸. De entre todas elas, destacan dúas fundamentais: a primeira, que non se desenvolveu regulamentariamente a lista de axentes, procedementos ou condicións de traballo que poidan influír negativamente na saúde das traballadoras ou do feto, cuestión esta que, por certo, segue a ser así despois da entrada en vigor da Lei 39/1999, do 5 de novembro. A segunda –a que aquí interesa– consiste en que o art. 26 da Lei 31/1995 non tiña previsto, na súa

³⁶ «O funcionario que, por razóns de garda legal teña ó seu coidado directo algún menor de seis anos, ancián que requira especial dedicación ou a un minusválido psíquico ou físico que non desempeñe actividade retribuída, terá dereito á diminución da súa xornada de traballo, coa redución proporcional das súas retribucións. Regulamentariamente determinarase a diminución da xornada de traballo e a redución proporcional das retribucións».

³⁷ Debe destacarse que estes beneficios non se aplican –art. 2 b) do Real decreto-lei– no caso de contratos efectuados polas administracións públicas e os seus organismos autónomos. Por outra parte, a Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, aplicou o mesmo réxime á substitución dos socios-traballadores ou socios de traballo das cooperativas, calquera que sexa o réxime da Seguridade Social dos substituídos.

³⁸ Véxanse as máis sinaladas en LOUSADA AROCHENA, J. F., *Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, a la Directiva 92/85, de 19 de octubre, del Consejo de Ministros de la Unión Europea*, La Ley, nº 4153, 1996.

versión orixinaria, a posibilidade de dispensa ó traballo, na liña do art. 5.3 da directiva, para o caso de que un cambio de posto de traballo non resulta técnica ou obxectivamente posible ou non poida de forma razoable esixirse por motivos xustificadas³⁹.

E, máis alá deste problema, propiciárase unha moi abundante doutrina constitucional e ordinaria, ó compás da que se suscitaba arredor do Tribunal de Luxemburgo, polo que se refire a despedimentos⁴⁰ e a outro tipo de decisións empresariais causadas por circunstancias relativas ó embarazo, parto e puerperio das mulleres traballadoras –vg., non contratación de mulleres embarazadas, falta de prórroga ou extincións anticipadas dos seus contratos temporais ou desistencia empresarial durante o período de proba⁴¹–. En particular, polo que á doutrina do Tribunal Constitucional se refire, hai que citar, vg., as sentencias 166/1988, sobre o despedimento dunha traballadora embarazada durante o período de proba, 173/1994, sobre a falta de renovación dun contrato temporal dunha traballadora embarazada e 136/1996, sobre o despedimento disciplinario por faltas de asistencia ó traballo durante o embarazo⁴².

En fin, a propia transposición da Directiva 96/34 incidiu nunha reforma da maternidade, agora contemplada desde o prisma dunha maior participación do pai nas responsabilidades anexas a estas circunstancias, sobre todo no relativo á suspensión do contrato por maternidade. Todas estas ideas propiciaron a idea de que había que considera-la Directiva 92/1985 e supera-los niveis mínimos de protección nela previstos.

Polo que ó permiso parental se refire, os primeiros comentarios⁴³ xa recoñeceran que o seu impacto no ordenamento español só era relativo, se ben se sinalaran algunhas insuficiencias das institucións españolas, sobre todo da excedencia por coidado de fillos e dos permisos, especialmente en materia de dispensas por atención de persoas de maior idade, mantemento dos dereitos adquiridos ou en trámite de adquisición e protección fronte ó despedimento. De aí que urxira unha renovación do dereito español para cumprir todas e cada unha das esixencias da Directiva

³⁹ Sobre esta crítica, LOUSADA AROCHENA, J. F., en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares (Granada, 1998) p. 166, e bibliografía aí citada. Do mesmo autor, *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia*, AL, nº 38, 1998, pp. 703 ss., sobre todo pp. 717 ss.

⁴⁰ Sobre o particular, GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Situación de embarazo...* cit., pp. 763 ss.

⁴¹ Sobre estes temas, vg., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «La aplicación de la Directiva 92/95 en España», en VV.AA., *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, cit., pp. 260 ss.

⁴² Véxase esta xurisprudencia en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (e III)*, RL, nº 19, 1999, pp. 2-3.

⁴³ Por exemplo, o de CASAS BAAMONDE, *Directivas comunitarias de origen convencional...*, p. 91.

96/34, relativa ó Acordo marco sobre o permiso parental, para o cal o seu art. 2 concedía un prazo que concluía «o máis tarde posible o 3 de xuño de 1998», aínda que prorrogable por outro ano máis «se fora necesario para ter en conta dificultades particulares ou a aplicación mediante convenio colectivo». Non parece que existan motivos para xustificar, no caso do Reino de España, esta prórroga. En todo caso, a Lei 39/1999, do 5 de novembro aprobouse, para estes efectos, cun evidente atraso.

O 14 de abril de 1999 entra no Consello Económico e Social un escrito do ministro de Traballo e Asuntos Sociais polo que se solicita a emisión dun dictame sobre o «Anteproxecto de lei para promove-la conciliación da vida laboral e familiar das persoas traballadoras». O Pleno do Consello, en sesión extraordinaria do 28 de abril, valorou positivamente o anteproxecto, aínda que acompañando esta valoración positiva de certas observacións de carácter xeral e particular⁴⁴ e 10 días máis tarde, o Boletín Oficial das Cortes Xerais, Congreso dos Deputados, publicou o «Proxecto de lei para promove-la conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras». Acordouse⁴⁵ simultaneamente, encomendarlle a súa aprobación con competencia lexislativa plena, polo procedemento de urxencia, á Comisión de Política Social e Emprego. Finalmente, o 5 de novembro apróbase a Lei 39/1999, que é publicada no BOE do día 6 e entra en vigor ó día seguinte da dita publicación.

3. Obxectivos e contido xeral da lei

Os obxectivos da lei poden deducirse do seu título, aínda que este resulta demasiado pretencioso á vista do seu contido. Limitase a introducir certas medidas puntuais en materia de condicións de traballo e Seguridade Social que afectan os traballadores e os funcionarios públicos, nun triple sentido: en primeiro lugar, incrementa e perfecciona os dereitos derivados das circunstancias de embarazo, parto e puerperio, así como os de atención de menores e de maiores que non poidan valerse por si mesmos, á vez que introduce unha maior protección contra o despedimento polo exercicio de tales dereitos. En segundo lugar, facilita que

⁴⁴ Esta valoración positiva non impediu o distanciamento das organizacións sindicais, que formularon ámbolos votos particulares, un procedente de UXT e CCOO e outro de CIG e ELA-STV. Ambos defendían que o anteproxecto era un texto insuficiente para conseguí-los obxectivos que se propuña.

⁴⁵ Véxase un resumo de todo este iter lexislativo en CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (e II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, AS, nº 8, 1999, p. 9.

sexa o pai ou o familiar masculino o que exercite estes, e abunda na equiparación de sexos –na medida do posible, ata onde o permiten os condicionantes biolóxicos e os compromisos internacionais asumidos polo Reino de España–, para recalcar, pedagoxicamente, cómo un e outra poden facer uso das licencias e suspensións que prevé a lei. E, en terceiro lugar, mellora a acción protectora da Seguridade Social, na liña de que sexa o sistema público o que asuma certos custos, mellor que o empresario ou o traballador ou a traballadora que debe atender as súas obrigas familiares.

Dito isto, deben destacarse certas limitacións da nova lei. Entre elas –a máis notoria– que non dedica ningún esforzo a mellora-la rede de servizos sociais de atención ás persoas⁴⁶ persistindo a situación anteriormente comentada de que o Reino de España, no ámbito da Unión Europea, é un Estado particularmente infradotado ó respecto. Ademais, as insuficiencias e defectos lexislativos persisten, particularmente en aspectos tan sensibles coma os permisos por lactación, as suspensións por maternidade ou as excedencias por coidado de familiares. Por outra parte, a acción protectora da Seguridade Social, aínda que mellorada, segue a conter evidentes imperfeccións e unha excesiva responsabilización do empresario, que debe asumir certos custos os cales poden repercutir negativamente no emprego das mulleres. Noutra liña de ideas, non articula correctamente o exercicio dos dereitos para o caso dos traballadores incluídos nos réximes profesionais da Seguridade Social, que teñen unha lexislación substantiva que non goza da suficiente claridade como para non suscitar importantes dúbidas. En fin, á marxe da equiparación formal entre traballadores homes e mulleres, a lei abdica de calquera propósito de fomentar activamente que sexan aqueles os que exerciten os dereitos derivados das responsabilidades familiares⁴⁷, nun contexto social onde os homes só moi excepcionalmente están dispostos a exercer as súas responsabilidades mediante os dereitos que a lei laboral lles concede. En efecto, non se contén ningún incentivo económico nesta liña.

As insuficiencias da lei son palpables. Non obstante, non poden deixar de recoñecerse os avances en relación coa lexislación precedente. O

⁴⁶ Aínda que debe lembrarse que acaso este esforzo debe encomendárselles en maior medida ás comunidades autónomas con competencias en materia de servizos sociais.

⁴⁷ Salvo o moi tímido mandato ó Goberno da súa disposición adicional cuarta: «o Goberno, no marco das súas competencias, e de acordo cos axentes sociais, impulsará campañas de sensibilización pública co obxecto de conseguir que os homes asuman unha parte igual das responsabilidades familiares, e de maneira especial se acollan, en maior medida, ás novas posibilidades que esta lei ofrece para compartilo permiso parental».

novo réxime legal resulta máis axeitado á realidade social na que se debe aplicar e permite –aínda que non anima– unha maior participación do home nas responsabilidades familiares. Establece un marco normativo de dereitos mínimos e indispoñibles⁴⁸, homoxéneo para traballadores e funcionarios públicos, na mesma liña de equiparación xa emprendida por leis anteriores, seguindo a senda, vg., da normativa sobre a prevención de riscos laborais. Traspón con bastante fidelidade –ben que de forma asistemática, pois a Directiva 92/85 é unha directiva promulgada dentro da materia da prevención de riscos laborais e baixo a cobertura do entón art. 118-A do Tratado de Roma⁴⁹– tanto a Directiva 92/85 coma a 96/34, e debe recoñecerse que supera dabondo os mínimos garantidos por unha e outra. Polo tanto, tódalas opinións críticas que se vertan –que serán bastantes– deben cribarse por este contexto xeral de progresivo perfeccionamento do réxime legal.

* * *

A Lei 39/1999, do 5 de novembro, introduce cambios en diversos textos legais: no texto refundido do Estatuto dos traballadores, aprobado por RD-lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, do que modifica os art. 37, 45, 48, 52, 53, 55 e a disposición adicional décimo cuarta; no texto refundido da lei de procedemento laboral, aprobado por RD-lexislativo 2/1995, do 7 abril, do que altera o contido dos art. 108, 122 e 189, modifica a rúbrica do capítulo V do título II e inclúe unha nova sección no capítulo V do título II do libro II, constituída por un artigo 138 bis; na Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, introduce unha nova redacción do seu art. 26; no texto refundido da lei xeral de Seguridade Social, aprobado por RD-lexislativo 1/1994, do 20 xuño, altera a dicción dos arts. 38, 106, 133 bis e disposición adicional oitava, inclúe un capítulo IV no título II, constituído polos novos art. 134 e 135 e reordena a numeración dos preceptos, pois o anterior art. 134 pasa a se-lo 136 e as seccións 30, 40 e 50 do capítulo V pasan a se-la 20, 30 e 40; no Real decreto-lei 11/1998, do 4 setembro, polo que se regulan as bonificacións de cotas á Seguridade Social dos contratos de interinidade que se realicen coas persoas desempregadas para substituír a traballadores durante os períodos de descanso por maternidade, adopción e acollemento, introduce cambios no art. 1; na Lei 30/1984, do 2 de agosto,

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar...*(1), cit., pp. 7 ss. destaca a marxinação do convenio colectivo, ó que a lei non lle outorga outras competencias normativas máis alá das clásicas de mellora do réxime legal.

⁴⁹ Véxase esa crítica no comentario de LOUSADA AROCHENA, J. F. ó art. 26 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pp. 158-9.

de medidas para a reforma da función pública, modifica a redacción dos art. 29 e 30; na Lei de funcionarios civís do Estado, texto articulado aprobado polo Decreto 315/1964, do 7 febreiro, introduce unha nova alínea no seu art. 69; nas leis 28/1975, do 27 de xuño, sobre Seguridade Social das Forzas Armadas, e 29/1975, do 27 xuño, de Seguridade Social dos funcionarios civís do Estado engade un novo parágrafo, respectivamente, ós seus art. 21 e 20 e na Lei 17/1999, do 18 maio, de réxime do persoal das Forzas Armadas, altera o contido do art. 1. Ademais, ordena a modificación, no prazo dun ano, da lexislación sobre convenios especiais da Seguridade Social. Trátase, pode comprobarse, dunha lei que afecta múltiples normas xurídicas preexistentes, coa virtude de introducir así certa uniformidade lexislativa entre traballadores e servidores públicos rexidos por normas diferentes.

* * *

A continuación, analízanse os principais contidos da Lei 39/1999, do 5 de novembro, prestándose unha atención un pouco máis extensa a aqueles aspectos que non sexan obxecto doutras intervencións posteriores.

Dáselle unha nova redacción ó art. 37.3 b) do Estatuto dos traballadores⁵⁰ –permiso por *nacemento de fillo ou por infortunio familiar*–⁵¹ da que debe destacarse a ampliación de supostos, pois considéranse de modo expreso dúas situacións novas: accidente e hospitalización de parentes. Resulta positiva a clarificación para resolver supostos que suscitaran controversia xudicial, como operacións de cataratas, partos con cesárea –en supostos nos que a duración do permiso por enfermidade grave era, de acordo co convenio, de maior duración có permiso por nacemento de fillo– ou outras hospitalizacións que non necesariamente podían catalogarse como derivadas de enfermidade grave. Sorprende, ademais, que este permiso, polo que se refire a causas distintas do nacemento do fillo, non se lles estenda –sen causa xustificada aparente– ós familiares por adopción ou acollemento, preadoptivo ou permanente. Tamén, que non se prevexa expresamente para o cónxuxe, que parece o primeiro destinatario natural destas licencias. Noutra orde de cousas, estas licencias non se estenden, máis alá do parentesco por afinidade, e a

⁵⁰ Sobre permisos, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi (Pamplona, 1998).

⁵¹ Permiso moi directamente conectado coa cláusula 3, alínea 1 do Acordo marco sobre o permiso parental: «os estados membros e/ou os interlocutores sociais adoptarán as medidas necesarias para autoriza-los traballadores a se ausentaren do traballo, conforme a lexislación, os convenios colectivos e/ou os usos nacionais, por motivos de forza maior vinculados a motivos familiares urxentes en caso de enfermidade ou accidente que fagan indispensable a presenza inmediata do traballador».

salvo de posible mellora por convenio colectivo, ás relacións derivadas das parellas de feito –por exemplo, falecemento dos pais da parella coa que se convive–.

Polo demais, este precepto suxire unha consideración adicional: a primeira, en relación co nacemento do fillo, que era –e segue sendo– un dereito de gozo exclusivamente masculino, pois coincide no tempo co período de seis semanas de descanso obrigatorio da nai. Por iso, parecería un ámbito idóneo para desenvolve-la Directiva sobre o permiso parental e fomentar que certos dereitos os exercitase o pai con prioridade á nai. Desde esta perspectiva, podería concluírse que fora aconsellable aumenta-la súa duración. Ademais, ó recaer o custo do permiso na empresa, introdúcese un elemento de equiparación real cara á igualdade no acceso ó emprego de homes e mulleres, pois ó empresario tamén lle resultaría gravoso un eventual permiso de significativa duración que podería goza-lo pai. Non obstante, parece máis acertada a postura adoptada na lei, que consiste en permiti-lo aproveitamento simultáneo da maternidade entre pai e nai no período inmediatamente posterior ó parto. Deste modo, o custo do exercicio do dereito recae na Seguridade Social e non na empresa. Claro que ten o inconveniente de que se fai depender de que pai e nai traballen, cousa que non se esixe para que o pai goce do permiso por nacemento do fillo. Ademais, a cesión pola nai de parte do dereito de maternidade ó pai redunda nunha redución do dereito dela.

En canto á redución da xornada por *lactación*, a maioría dos defectos do anterior art. 37.4 do Estatuto dos traballadores mantéñense, co apoio adicional que lles proporcionou a Sentencia do TC 109/1993, do 25 marzo, que declarou constitucional a versión do precepto anterior á Lei 3/1989, a cal concibía esta redución da xornada como un dereito das traballadoras⁵². Reformáronse dous aspectos concretos: en primeiro lugar, para aclarar que a redución da xornada será con respecto á xornada habitual da traballadora –ou do traballador– e non á xornada habitual do convenio. En segundo lugar, co fin de aclarar que a concreción horaria e a determinación do permiso por lactación –ó igual ca da redución de xornada por garda legal– lle corresponde ó traballador, dentro da súa xornada ordinaria, esixíndoselle un aviso previo ó empresario con quince días de antelación. Para este efecto, prevese unha nova modalidade procesual urxente, preferente, sumaria e de instancia única –a do art. 138 bis da Lei de procedemento laboral– para dirimi-las discrepancias entre traballador e empresario.

⁵² Sobre este tema, vg., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «La aplicación de la Directiva 92/85», cit., pp. 285 ss.

En canto á *garda legal*, e á marxe dos aspectos comúns co permiso de lactación, mellorouse a redacción do art. 37.5 do Estatuto dos traballadores nalgúns aspectos: engadíuselle o adxectivo «sensorial» á expresión «minusválido» –antes utilizábase a sinónima «diminuído»– para cubrir supostos, ata agora discutibles, que non cabía catalogar estrictamente como minusvalías físicas ou psíquicas. Tamén se expresa «unha actividade retribuída» e non, coma antes «outra actividade retribuída», redacción que suscitara dúbidas sobre se o que non podía desenvolver a dita actividade era o traballador que pedía o permiso ou –como parece máis lóxico e agora resulta indiscutible– o disminuído para o coidado do cal se solicita a redución de xornada. Ademais das melloras de redacción, ampliase o dereito para coidar de familiares ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade –¿por que non se amplía á adopción ou ó acollemento preadoptivo ou permanente?, ¿por que non se recolle expresamente tamén o suposto do traballador que deba atender-lo seu cónxuxe?, ¿por que non se atende ás relacións derivadas das parellas de feito?– que por razóns de idade, accidente ou enfermidade non poidan valerse por si mesmos nin desempeñen unha actividade retribuída. E, ademais, introdúcese unha nova alínea, que contén un aspecto pedagóxico e outro, moi interesante, de tipo aclaratorio. O pedagóxico consiste en lembrar que o dereito é individual, de homes e mulleres. E o aclaratorio, que o empresario pode limitar, por razóns xustificadas de funcionamento da empresa, o exercicio simultáneo deste dereito se dous ou máis traballadores da mesma empresa solicitan redución de xornada polo mesmo suxeito causante. O cal pode interpretarse en sentido contrario: é perfectamente posible que dous ou máis traballadores de diversas empresas pidan a redución de xornada con proporcional redución do salario para atender-lo mesmo menor ou familiar⁵³.

Verbo da *excedencia por motivos familiares*, a nova redacción dos art. 46.3 do Estatuto dos traballadores e 29.4 da Lei de medidas para a reforma da función pública introduce significativas novidades. A máis sobresaliente, a de incluí-lo suposto de excedencia, de duración non superior a un ano, ampliable para o caso dos laborais por negociación colectiva, para atender familiares que non poidan valerse por si mesmos e que non desempeñen actividade retribuída ningunha –os mesmos suxeitos, e expostos á mesma crítica ca no caso de garda legal–. Perfecciónase a excedencia para ampliála ó suposto do acollemento preadoptivo e permanente e para situa-lo día inicial do cómputo do período de tres anos nestes casos, e tamén no da adopción, na data da resolución xudi-

⁵³ Véxanse estas ideas, e algunha máis, en CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares... (e II)...*, cit., p. 11 ss.

cial ou administrativa e non na do nacemento do fillo. E, ademais, posibilitase que máis dun traballador faga uso do dereito polo mesmo suxeito causante, nos mesmos termos e cos mesmos límites que para o caso da garda legal.

A suspensión –ou o permiso, no caso de funcionarios ou persoal estatutario– por *parto, adopción ou acollemento, preadoptivo ou permanente* tamén sufriu importantes modificacións, que non empecen un panorama no que aínda existen evidentes impactos adversos cara á muller traballadora perfectamente evitables –situados no ámbito da maternidade natural–. Sen embargo, existen apreciables melloras, que poden enumerarse como segue:

- 1) Ampliase a duración da suspensión, en caso de parto múltiple máis alá dos xemelgos, en dúas semanas máis por cada fillo a maiores, ou por cada fillo adicional adoptado ou acollido.
- 2) Prevese que o pai poida facer uso de toda a suspensión, ou do período restante, no caso de que a nai faleza, e non só das seis de descanso obrigatorio.
- 3) A nai pode optar por que o pai goce de todo o descanso que non sexa obrigatorio, e non só das últimas catro semanas, ben que con certos condicionantes.
- 4) Admítese a posibilidade de que pai e nai –tamén no caso de adopción e acollemento– fagan uso simultaneamente do dereito.
- 5) Ampliase a seis anos a suspensión por adopción ou acollemento, sen diferenciala idade do menor entre maior e menor de nove meses, ou incluso máis alá dos seis anos en certos casos de dificultades de inserción ou de incapacidades do adoptado ou acollido.
- 6) Posibilitase –só para os traballadores– o gozo destes dereitos de suspensión a tempo parcial, por acordo individual co empresario, nos termos que regulamentariamente se determinen.

Regúlase unha nova situación suspensiva –ou de licencia–, *por risco durante o embarazo*, conectada co art. 26 da LPRL, para os supostos nos que non sexa posible adaptárlle-lo posto de traballo ós riscos derivados da situación de embarazo e tampouco resulte factible cambia-la traballadora do posto, nos termos da alínea segunda do dito art. 26. En tales casos, concédese unha prestación económica, cos mesmos requisitos cá de incapacidade temporal derivada de continxencia común, nun 75 por 100 da base reguladora, desde o día en que se inicie a suspensión ou a licencia, xestionada directamente polo INSS. Esta situación é aplicable a tódolos réximes por conta allea da Seguridade Social e ós traballadores por conta propia do réxime especial agrario, do mar e de autónomos, nos termos que regulamentariamente se establezan.

A Lei 39/1999, do 5 de novembro, tamén introduce moi significativas novidades en relación coa *extinción do contrato de traballo e o despedimento*, para o efecto do cal se modifican certos preceptos do Estatuto dos traballadores e da Lei de procedemento laboral. As ditas regras de-

rívanse de certos contidos expresos, tanto da Directiva 92/85⁵⁴ coma da 96/34⁵⁵, que lles obrigan ós estados membros a introducir medidas de protección contra o despedimento polo exercicio dos dereitos que ámbalas normas comunitarias recoñecen. E non debe esquecerse que unha nada desprezable serie de pronunciamentos do Tribunal de Luxemburgo versan precisamente sobre as medidas extintivas producidas por iniciativa da empresa a causa do exercicio dos dereitos derivados do embarazo, parto e puerperio⁵⁶. Ademais, certa normativa da OIT, no ámbito de convenios ratificados polo Reino de España, contén mandatos nesta mesma dirección⁵⁷.

En primeiro lugar, no tocante ó despedimento obxectivo derivado de ausencias ó traballo xustificadas, inclúe, entre as que non computan para tales efectos –art. 52 d)– as derivadas da suspensión do contrato por risco durante o embarazo e as enfermidades causadas por embarazo, parto ou lactación, que se unen ás xa anteriormente incluídas de maternidade e licencias.

Pero moito máis alcance ten a nova redacción dos art. 53.4 e 55.5 do Estatuto dos traballadores, o primeiro dedicado ó despedimento nulo

⁵⁴ Art. 10: «como garantía para as traballadoras a que se refire o art. 2 do exercicio dos dereitos de protección da súa seguridade e saúde recoñecidos no presente artigo, establécese o seguinte: 1) os estados membros tomarán as medidas necesarias para prohibi-lo despedimento das traballadoras a que se refire o art. 2, durante o período comprendido entre o comezo do seu embarazo e o final do permiso de maternidade a que se refire a alínea 1 do art. 8, salvo nos casos excepcionais non inherentes ó seu estado admitidos polas lexislacións e/ou prácticas nacionais e, se é o caso, sempre que a autoridade competente dera o seu acordo. 2) Cando se despida a unha traballadora a que se refire o art. 2 durante o período considerado no punto 1, o empresario deberá dar motivos xustificadas de despedimento por escrito. 3) Os estados membros tomarán as medidas necesarias para protexe-las traballadoras a que se refire o art. 2 contra as consecuencias dun despedimento que sería ilegal en virtude do punto 1.

⁵⁵ Art. 2.4 do Acordo marco sobre o permiso parental: «co fin de garantir que os traballadores poden exercer-lo seu dereito ó permiso parental, os estados membros e/ou os interlocutores sociais adoptarán as medidas necesarias para protexe-los traballadores contra o despedimento por solicitaren ou colleren un permiso parental, conforme a lexislación, os convenios colectivos e os usos nacionais».

⁵⁶ Sobre ela, vg., RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar...*(III), cit., pp. 1-2 e GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Situación de embarazo y principio de igualdad...*, cit., pp. 735 ss.

⁵⁷ Vg., art. 8 do Convenio núm. 156 da OIT (cit.): «a responsabilidade familiar non debe constituír por si mesma unha causa xustificada para lle poñer fin á relación laboral». E art. 5 d) do Convenio núm 158 da OIT, do 2 de xuño de 1982, sobre o remate da relación do traballo por iniciativa do que emprega (ratificado por España o 16 febreiro de 1985: «entre os motivos que non constituírán causa xustificada para o remate da relación laboral figuran os seguintes:...d)...as responsabilidades familiares...».

por causas obxectivas e o segundo ó despedimento disciplinario nulo. A ámbolos dous preceptos incorpóraselle unha redacción simétrica que tende a outorgarlles esta cualificación ós despedimentos por unha ou outra clase de causas producidos durante o exercicio dos dereitos de maternidade ou de permiso parental. En concreto, considera viciados de nulidade as extincións ou despedimentos durante o período de suspensión do contrato de traballo por maternidade, risco durante o embarazo, adopción ou acollemento ou os notificados nunha data tal que o prazo de aviso previo finalice dentro do dito período, e os das traballadoras embarazadas, desde a data de inicio do embarazo ata o comezo das suspensións por risco durante o embarazo ou por maternidade, así como dos traballadores que fagan uso ou solicitasen os dereitos de lactación ou redución de xornada por garda legal, ou solicitaran excedencia por coidado de familiares. E, en todos estes casos, sálvase a posibilidade de que o despedimento poida cualificarse de procedente pola existencia de motivos «non relacionados co embarazo ou co exercicio do dereito ós permisos e excedencia sinalados».

Estas novidades legais posúen unha incuestionable envergadura. En primeiro lugar, porque saen do paso fronte a unha modificación anterior do Estatuto dos traballadores, en virtude da cal o despedimento dun traballador co contrato en suspenso nunca podía merecer a cualificación de improcedente, senón que debía declararse nulo a menos que o empresario puidese xustificar a súa procedencia⁵⁸. –en que limitadamente, e para as suspensións e permisos analizados, recupérase esta tradición legal. De modo que, agora, o despedimento obxectivo ou disciplinario durante os períodos a que se alude nos art. 53.4, incisos a) e b), ou 55.5, incisos a) e b) só poderá ser procedente ou nulo. Noutras palabras, prodúcese un efecto moito máis rotundo có derivado do desprazamento da carga da proba en aplicación do art. 96 da Lei de procedemento laboral⁵⁹ ou do art. 4 da Directiva 97/80/CE, relativa á carga da proba nos casos de discriminación por razón de sexo⁶⁰, pois se lle esixe á parte demandada demostrar que o despedimento ou a decisión extintiva, ademais de resultar allea a calquera propósito discriminatorio, merece a cualificación de pro-

⁵⁸ Sobre este particular, vg., MARTÍN VALVERDE, A., «Incidencia de la reforma laboral en el régimen jurídico del despido disciplinario», en VV.AA., *Puntos críticos de la reforma laboral*, C.E.U. Ramón Areces (Madrid, 1996) pp. 157 ss.

⁵⁹ «Naqueles procesos nos que das alegacións da parte autora se deduza a existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderalle ó demandado a achega dunha xustificación obxectiva e razoable, suficientemente probada, das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade».

⁶⁰ 1. «Os estados membros adoptarán de acordo cos seus sistemas xudiciais nacionais as medidas necesarias para que, cando unha persoa que se considere prexudicada pola non aplicación, no que a ela se refire, do principio de igualdade de trato

cedente. Deste modo, prodúcense dúas consecuencias adicionais: en primeiro lugar, restrínxese a posibilidade de despedimentos «pluricausais»⁶¹ nos que o empresario podería xustificar a decisión extintiva en motivos alleos a calquera propósito discriminatorio, ós casos en que, ademais de proba-la existencia desta concausa, proba que existe nun grao suficiente como para que a extinción mereza a cualificación de procedente. En segundo lugar, alivia a carga probatoria do traballador ou a traballadora despedidos, pois non terán que achegar indicios de ningún tipo, senón que se presumirá *ex lege* a nulidade do despedimento, a salvo da actividade probatoria da empresa⁶².

Esta reforma dos art. 53 e 55 merece algún comentario adicional. Por exemplo, que se aparta da tradición legal española e acércase á doutros ordenamentos europeos –coma o británico– nos que a protección do embarazo, parto e lactación se realiza a partir de criterios estritamente temporais⁶³. O cal non lles restrinxe a protección ós períodos legalmente previstos. Sucede só que durante estes se produce a presunción legal de nulidade. Pero non pode obviarse a protección legal menos reforzada fóra deles. Por exemplo, aplicaríase o desprazamento da carga da proba de acordo co art. 96 da Lei de procedemento laboral –ou, máis en xeral, do seu art. 179.2⁶⁴, se non se producise estritamente discriminación por razón de sexo–, por un despedimento ou unha extinción dun contrato que se materializara inmediatamente despois do arco temporal expresamente previsto. Só que, en tal caso, habería que achegar indicios suficientes⁶⁵ de discriminación e a insuficiencia da causa alegada pola empresa podería dar lugar a que o despedimento se cualificara como improcedente e non como nulo.

presente, ante un órgano xurisdiccional ou outro órgano competente, feitos que permitan presumir a existencia de discriminación directa ou indirecta, lle corresponda á parte demandada demostrar que non houbo vulneración do principio de igualdade de trato». Por certo, debe terse en conta que o art. 3 desta directiva inclúe dentro do seu ámbito de aplicación tanto a Directiva 92/85 coma a 96/34.

⁶¹ Sobre este concepto, CABEZA PEREIRO, J., «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad», en VV.AA., *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Comares (Granada, 1998) pp. 182 ss.

⁶² Neste sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., *Legislación laboral y responsabilidades familiares... (II)*..., cit., p. 21.

⁶³ Así o pon de manifesto RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *La conciliación de la vida familiar... (III)*, cit., p. 5.

⁶⁴ Sobre o particular, GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, RXG monografías (Santiago, 1999) pp. 131 ss.

⁶⁵ En relación co concepto de indicios suficientes, vg., STC 41/1999, do 22 de marzo, comentada por LOUSADA AROCHENA, J. F. *La tutela jurisdiccional de la discrimi-*

E tres anotacións máis puntuais: 1) que non se entende demasiado ben, para o caso do despedimento disciplinario, a referencia ó «notificado nunha data tal que o prazo de aviso previo finalice dentro do dito período», pois o art. 55 non esixe aviso previo ningún para o despedimento disciplinario. Basta con que a data dos efectos –ou, debería engadirse, de inicio do expediente contradictorio– se produza durante a suspensión do contrato por maternidade, adopción ou acollemento, ou risco durante o embarazo. 2) Que debe destacarse cómo esta especial protección do despedimento opera en momentos temporais diversos dependendo do dereito de que se trate, pois para a maternidade, adopción, acollemento ou risco durante o embarazo circunscríbese ó tempo durante o cal se exercitan estes; para o embarazo, desde o seu inicio ata que se inicie a suspensión por risco ou por maternidade, para a lactación e garda legal, desde que se soliciten os permisos ata que finalice o seu exercicio, e para a excedencia voluntaria, desde que se solicite ata que se inicie o período de inactividade. Esta diverxencia non parece de todo xustificada, pois poden detectarse algunhas insuficiencias de protección, como a do traballador que lle notificou ó empresario o exercicio da suspensión por adopción ou acollemento, ou a do traballador que xa iniciara a excedencia voluntaria. Neste sentido, a lei contén algunha pequena «traizón» a unha coherente transposición das directivas 92/95 e 96/34. 3) Como comentario moi positivo, débese salientar que a Lei 39/1999 non fai depende-la protección fronte ó despedimento durante o embarazo de que a traballadora lle notifique o seu estado ó empresario, senón que opera automaticamente, sen que se deba probar que este era coñecedor da circunstancia en que se atopa aquela⁶⁶.

En fin, outro comentario refírese a que, sendo o despedimento disciplinario o réxime común e supletorio das extincións por vontade do empresario, debe concluírse que estas regras lle son de aplicación tamén á desistencia empresarial durante o período de proba e á non renovación dos contratos temporais.

E, simultaneamente á modificación dos art. 53.4 e 55.5 do Estatuto dos traballadores, a Lei 39/1999 outórgalles unha redacción simétrica á dos preceptos suspensivos ós art. 108.2 e 122.2 da Lei de procedemento laboral.

As dúas últimas modificacións legais ás que se vai facer referencia prodúcense no ámbito da *normativa de fomento*: refórmase a rúbrica da

nación colectiva (a propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional), AS, nº 12, pp. 85 ss.

⁶⁶ Sobre esta materia, en xeral e polo que respecta á prevención de riscos no traballo, SÁNCHEZ TORRES, E., *El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, RL, 1997-II, pp. 459 ss.

disposición adicional catorce do Estatuto dos traballadores para outorgarlle as bonificacións á Seguridade Social nela previstas ó suposto do interino que substitúe un traballador que utilice a excedencia por coitado de familiares. E modifícase o art. 1 do RD-lei 11/1998, do 4 de setembro para incluí-la bonificación na cota do interino que substitúe a traballadora durante a situación de risco durante o embarazo e do interino que substitúe un traballador autónomo e a socios de traballo ou socios traballadores de sociedades cooperativas⁶⁷ durante tódalas situacións consideradas na norma de urxencia –risco durante o embarazo, períodos de descanso por maternidade, adopción e acollemento preadoptivo ou permanente–. 

⁶⁷ Estes xa foran expresamente incluídos pola disposición adicional vixésimo oitava da Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social.



EL DEBER DE CONSERVACIÓN Y LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE RUINA EN LA LEY DEL SUELO DE GALICIA: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

Pablo González Mariñas

Profesor titular de derecho administrativo.
Universidade de Santiago de Compostela

Javier Álvarez Barbeito

Funcionario da Xunta de Galicia

I. Introducción

La declaración administrativa de ruina de una construcción o parte de ella supone, como es conocido, la eliminación del inmueble que se encuentra en tal situación y constituye un acto de disciplina urbanística, esto es, un medio a través del cual la Administración puede intervenir en la edificación y en el uso del suelo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido a esta facultad administrativa en reiteradas ocasiones, considerando que la intervención municipal de la declaración de ruina constituye una manifestación de la actividad de policía¹ y seguridad² que la Ley de régimen local encomienda a los municipios, no estableciéndose en beneficio del propietario.

¹ CARRETERO PÉREZ, A. «Actos administrativos de intervención urbanística sobre la propiedad», RDU, núm.27, págs. 55 y ss.: Constatada ya bajo la vigencia de la Ley del suelo la naturaleza de acto de policía administrativa de la declaración de ruina, siendo su finalidad prevalente un interés público, a pesar de sus posibles efectos provocados entre moradores y propietarios.

² Sentencia del TS de 10 de mayo de 1982 (RAJ 3157):

«El intervencionismo que en materia de ruina se atribuye a la Administración local lo es en función de Policía, en defensa de la seguridad pública de las personas y de los bienes en general».

La declaración de ruina supone la cesación del deber legal de conservación. Mientras que el deber de conservación del edificio en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, persigue el mantenimiento de la construcción, la verificación del estado ruinoso de un inmueble pretende conseguir la destrucción del edificio. Esta contradicción entre la declaración de ruina y el deber de conservación se ha resuelto tradicionalmente afirmando que el estado de ruina de una edificación produce la extinción de la obligación legal de sostener económicamente el mantenimiento de la vida de un edificio³.

Si bien se ha constatado con carácter general que la situación de ruina de un edificio extingue el deber de conservar el inmueble, y por tanto hace innecesaria e incompatible cualquier actuación administrativa tendente a que al particular se le obligue a realizar obras de conservación, resulta factible que, en ocasiones, durante la tramitación de un expediente de ruina, y a pesar de comprobarse técnicamente el estado ruinoso, la Administración ordene ejecutar obras de reparación del edificio.

Esta aparente contradicción ha sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de enero de 1989 y 17 de junio de 1991), al indicar que es posible la compatibilidad entre la orden de ejecución de obras de seguridad y la existencia de un edificio ruinoso y, sin duda alguna, en los casos en que, producida la orden de realización de obras, no se había solicitado todavía la ruina de inmueble. Ahora bien, cuando se hubiese abierto el expediente de realización de obras y paralelamente se hubiese incoado un expediente de ruina, en tal caso la solución que proceda dar dependerá del supuesto concreto, bien entendido que dichas obras serán las adecuadas para conseguir un estado de seguridad e impedir posibles daños a las personas o bienes, y no aquellas que intenten una consolidación del edificio.⁴

³ Sentencias de 27 de febrero de 1990 (Ar. 1514), de 1 de febrero de 1993 (Ar. 569), de 8 de febrero de 1993 (Ar. 517), entre otras.

⁴ Sentencia del TS de 22 de marzo de 1994 (Ar. 6052):

«La doctrina jurisprudencial tiene declarado, en relación con las obras de reparación, a realizar en inmueble de estado ruinoso, que deben comprenderse únicamente como tales las precisas para devolver la normalidad a la edificación, tanto en el aspecto de estabilidad como en el de salubridad, con exclusión, por tanto, de las de ornato o embellecimiento, sin que puedan ser tenidas en cuenta las obras que obedezcan a la finalidad de conseguir en el edificio una mayor comodidad y un ornato al que tenía la finca o aquéllas que excedan de la reposición funcional del edificio para entrar en el ámbito de la renovación y mejora de la situación anterior o, en fin, aquellas otras que supongan modernización y mejoramiento».

2. La intervención administrativa a través de órdenes de ejecución: el deber de conservación

La intervención de la Administración en la actividad de sus administrados puede ejercerse, entre otros medios, a través de órdenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

Cuando esta intervención se efectúa en la edificación y el uso del suelo, su materialización se ejerce normalmente a través de una licencia, pero también existe la posibilidad de que se efectúe a través de órdenes de ejecución. Así se refleja en el artículo 170.1 L.S.G. (art. 26 31 R.D.U.G.), con referencia al deber de los propietarios de conservar los terrenos, urbanizaciones de iniciativa particular y edificaciones en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público.

Las órdenes de ejecución no afectan a la facultad de edificar, sino que operan sobre el disfrute del aprovechamiento, para garantizar que éste se realiza en las debidas condiciones, de seguridad, salubridad y ornato público. Precisamente, el mantenimiento de estas condiciones fundamenta la actuación de la Administración.

El T.S. ha declarado reiteradamente (entre otras, Sentencia de 13 de noviembre de 1981 –Ar. 5142–), que se impone la necesidad de distinguir tres supuestos de obras y, en consecuencia, tres tipos diferentes de órdenes de ejecución:

a) Las que sin ningún asomo de especialidad se demandan para la conservación, salubridad y ornato de cualquier edificio no calificado como de interés artístico o histórico (art. 170.1 L.S.G.)

b) Las impuestas por razones de interés turístico o estético, que afecten a inmuebles no incluidos en un concreto planeamiento urbanístico (artículo 170.3 L.S.G. y 29 R.D.U.G.).

c) Las necesarias para la conservación de los inmuebles declarados Patrimonio Histórico-Artístico –lo cual se infiere de lo dispuesto por el artículo 170.1 L.S.G.– (art. 30 R.D.U.G.).

La adopción de estas medidas exige, de conformidad con la jurisprudencia del TS (Sentencia de 31 de octubre de 1978 –Ar. 4015–), que el criterio a seguir se acomode a los siguientes requisitos:

a) Es necesario que concurran los motivos que las fundamentan, cuya realidad debe ser patente. Esta circunstancia se opone a la gratuita suposición de los mismos, a su equivocada valoración y mucho más a su discrecional apreciación. El proceso de constatación de unos hechos sólo puede conducir a un único resultado, el de su presencia o ausencia, rechazándose toda libertad de apreciación en la comprobación de tales cuestiones de hecho.

b) En el supuesto de concurrencia de varios actos de intervención ad-

misibles, deberá adoptarse el que suponga una menor restricción de la libertad individual (*odiosa sunt restringenda*).

c) Es imprescindible que exista congruencia entre los presupuestos de hecho y los fines que determinen la medida.

La L.S.G indica que los propietarios de terrenos, urbanizaciones de iniciativa particular y edificaciones deberán mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos. Los ayuntamientos ordenarán, de oficio o a instancia de cualquier interesado, la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones (art. 170.2 L.S.G. y 26 R.D.U.G.). Se impone, por lo tanto, un auténtico deber legal, por cuanto se impone a los propietarios la vinculación jurídica consistente en la adopción de un específico comportamiento⁵.

El deber de conservación es estrictamente urbanístico. La orden de ejecución no va dirigida al perturbador del orden o infractor de las normas sobre construcción, sino que viene impuesta a los propietarios, porque está dentro de las obligaciones de éstos y de las facultades municipales el mantener las fachadas o espacios visibles de los edificios en condiciones de ornato público, así como el ordenar obras por motivos de interés estético (Sentencia de 29 de diciembre de 1978). Es un deber que afecta únicamente a los propietarios y no a los técnicos redactores de proyecto o participantes en su desarrollo material.

El fundamento que legitima la intervención de la Administración es la salvaguardia de la seguridad, la salubridad y el ornato públicos. El fin último de la orden de ejecución no es otro que preservar la estabilidad y el acabado de las construcciones en condiciones tales que no implique riesgo para las personas o cosas, mantener los bienes de forma que no perturben la salubridad o la higiene, y conservar dichos bienes de modo que no afecten a la imagen urbana. Pero, como dice el TS, «no se podrán rebasar dichos fines imponiendo obras de positiva mejora trascendente al destino del inmueble, aparte de que el estado ruinoso de la edificación constituye factor *novatio ex lege*, sustituyendo el deber de reparar por el de demoler en función de reconstruir» (Sentencia de 4 de octubre de 1974)⁶.

Otra sentencia de interés es la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de abril de 1998, relativa a los límites del deber de conservación de los propietarios. La regulación de los deberes legales citados ha permanecido después de la «poda» realizada por la STC de 30 de marzo de 1997. Así, no se declaró inconstitucional la obligación de mantener el inmueble en debidas condiciones de seguridad, salubridad y ornato público.

⁵ A. CARCELLER FERNANDEZ: Manual de disciplina urbanística, Madrid, 1983, pág. 61.

⁶ A. CARCELLER FERNANDEZ Manual... op. cit., pág. 62.

Con ello, el sistema en cuanto tal, de los deberes de conservación, ha recibido el respaldo constitucional y del TS (Sentencia de 17 de junio de 1991), ya que «su objeto es fijar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana y monumental, obligando a su titular a soportar el coste económico de la conservación». Bien es cierto, sin embargo, que el «sistema» ha quedado cojo al declararse inconstitucional el régimen de las órdenes de ejecución por idénticos motivos.

Dado que la norma establece motivos y fines tasados para la intervención de la Administración a través de órdenes de ejecución, es preciso que éstas sean, como todo acto de intervención administrativa, congruentes con las causas de seguridad, salubridad y ornato público que las justifican. Asimismo, han de acordarse en la forma menos gravosa para el administrado, de manera que la medida que se adopte concrete nítidamente los límites de su extensión, determinando con detalle las obras concretas a realizar así como el plazo para el cumplimiento de lo ordenado.

El problema se plantea cuando las órdenes de ejecución de obras por motivos de seguridad, salubridad y ornato exceden del deber normal de conservación del edificio que corresponda al propietario. En este caso, el peligro de una expropiación encubierta es real, tal y como lo ha reconocido el T.C. en su Sentencia de 20 de marzo de 1997: «... la existencia de un límite o frontera entre aquellos deberes de conservación que son manifestación de la función social (art. 32.2 CE) y aquellos otros que desbordan las exigencias de aquélla y, por lo tanto, están sujetos a indemnización (ar. 33.3 CE)». Se refiere así el Alto Tribunal a «una divisoria entre las obras no indemnizables, de aquellas otras que, excediendo de lo que es exigible al propietario, sirven directamente al interés general y tienen, en consecuencia, impacto materialmente expropiatorio»⁷.

Las excepciones señaladas exigen distinguir los supuestos de reparación de la reconstrucción. Mientras la primera supone la existencia de daños o desperfectos que se pueden subsanar por medios técnicos ordinarios, el caso de la reconstrucción presupone un estado ruinoso, y por consiguiente, el cese del deber de reparación. Tanto es así que la jurisprudencia del TS ha declarado que las obras que impone realizar el artículo 170 son tan sólo aquéllas que no supongan una onerosidad excesiva en su ejecución, por afectar al edificio en su conjunto; en definitiva, la estructura.

La jurisprudencia, especialmente desde la perspectiva de la ruina económica y técnica, ha tratado de señalar de forma precisa los límites cuantitativos y cualitativos del deber de conservación. Desde la perspectiva

⁷ GONZÁLEZ - VARAS IBAÑEZ, Santiago. «Policía urbanística y reforma interior de las ciudades». R.D.U. n.º 175, págs. 21-24.

cualitativa, el límite del apuntado deber se ha fijado en la ejecución de obras de conservación entendidas como «todas las necesarias para poner el edificio en disposición de servir adecuadamente a sus fines, de suerte que aquél pueda cumplir su función» [STS –entre otras– de 22 de octubre de 1991 (Ar. 8376), 23 de mayo de 1995 (Ar. 5838) y 16 de mayo de 1996 (Ar. 3975)]. Por otra parte, desde una perspectiva cuantitativa, el TS ha afirmado reiteradamente que «no sólo ha de computarse el coste de las obras que afectan a la estabilidad del edificio, sino que también entran en juego las concernientes a la salubridad o habitabilidad, y no sólo las que hayan de realizarse en elementos estructurales, sino también las que sean necesarias en los elementos secundarios, incluso los de las instalaciones o servicios, con la sola exclusión de las de ornato o embellecimiento [STS de 14 de marzo de 1984 (Ar. 1403)], «sin añadir comodidades, mejoras o lujos de que antes no disponía [STS de 26 de junio de 1980 (Ar. 3359), 5 de enero y 6 de marzo de 1990 (Ar. 328 y 1956)]⁸.

En cuanto al régimen al que se sujetan estas órdenes de ejecución, no existen dudas de que es el de los propios actos administrativos y, en particular, de los de gravamen, con la peculiaridad de que se rige por el mismo régimen de las licencias⁹. El mandamiento administrativo que adopta la modalidad de orden de ejecución de obras no priva a las referidas órdenes de policía del carácter de actos administrativos sujetos en su formación al principio de oficialidad procedimental. En consecuencia, en cuanto imponen prestaciones a cargo de concreto administrado, deberá su proceso constitutivo incluir la audiencia del mismo como elemental requisito derivado de los principios de garantía y seguridad, a la par que necesario en calidad de presupuesto para el acierto en el contenido de la medida. La excepción sólo se dará cuando la ley de modo expreso, o a través de la material incompatibilidad con el logro de los fines que persigue, indique un dictado de plano de la medida o bien excluya la audiencia mencionada (Sentencia de 28 de febrero de 1974 -Ar.1269).

Una manifestación concreta del deber de conservación viene dada por la realización de obras de estas características por motivos turísticos o estéticos.

El artículo 170.3 de la L.S.G. establece que los ayuntamientos podrán ordenar, por motivos de interés turístico o estético, la ejecución de obras de conservación o reforma en fachadas o espacios visibles desde las vías públicas. Las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si estuviesen dentro del límite de la obligación de conservación que les corresponde,

⁸ TEJEDOR BIELSA, Julio C. «Deber de conservación, ruina y rehabilitación al servicio de la regeneración de la ciudad». Revista Aragonesa de Administración Pública (junio 1999). Pág. 208.

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ: Comentarios a la Ley del Suelo, Madrid, 1968, págs 932 y 933.

y con cargo a los fondos de la entidad que la ordene cuando lo superase, para obtener mejoras de interés general.

El art. 29 R.D.U.G. reproduce este precepto legal, pero añade que las obras se ejecutarán también con cargo a los propietarios si supusieran un aumento de valor para el inmueble y hasta donde éste alcance, y que, en caso de incumplimiento por parte de los propietarios, se estará a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 10: se incoará expediente sancionador y se procederá a la ejecución subsidiaria.

Así pues, las peculiaridades de la orden de ejecución de obras de conservación y reforma por motivos turísticos o estéticos se circunscriben a lo siguiente:

l la orden se legitima por el interés turístico o estético.

l sólo alcanza a las obras que afectan a la fachada o espacios visibles desde la vía pública.

l la competencia pertenece a los ayuntamientos.

Es evidente que la inclusión de estos bienes en los catálogos que se aprueben simultáneamente con el planeamiento (art. 32 L.S.G.) supone la sujeción de esos bienes a un régimen de especial protección, que los hace especialmente gravosos para sus propietarios, en cuanto a su conservación se refiere. Como contrapartida, la L.S.G. otorga a estos propietarios la facultad de recabar de la Administración la cooperación económica necesaria para su conservación. Entendiendo que, si bien el requerimiento de esa ayuda es potestativo, el otorgamiento de la misma se configura como un deber de inexcusable cumplimiento para la Administración requerida.

Al hilo de lo expuesto anteriormente el TS, en la Sentencia de 13 de noviembre de 1981 –Ar. 5142–, establece:

«El exceso en los deberes de conservación sobre la obligación genérica afectante al común de los propietarios, en buena lógica urbanística, no debe soportarlo el dueño del inmueble porque ello supondría, de una parte, una desigual distribución de las cargas del proceso urbano no compensada con beneficio alguno, y, de otra, el mantenimiento de los valores monumentales de interés general –integrados, en consecuencia, en el patrimonio histórico-artístico público– a costa exclusiva del propietario; razones por las cuales, conforme al art. 183.2 de la LS, a la facultad del propietario de solicitar la ayuda de los ayuntamientos corresponde, como contrapartida, la obligación ineludible de éstos de prestarla en la cuantía que sobrepase la de los gastos ordinarios que pudiera ocasionar la conservación en el supuesto de no estar incluido el inmueble en el catálogo».

3. El estado de ruina

1. Concepto y caracteres

La ruina es un estado de hecho que produce efectos jurídicos y cuya declaración legal tiende a prevenir y evitar un peligro cierto y que puede ser actual o futuro. La declaración de ruina ha de descansar en unas situaciones fácticas (Sent. de 23 de junio de 1980 –Ar. 3338–).

Resulta absolutamente intrascendente –como afirma la STS de 31 de marzo de 1980 (RAJ 2286)– la causa o motivo que haya producido la ruina del edificio, bien sea debida a caso fortuito, fuerza mayor, simple vejez del edificio o a consecuencia del descuido o negligencia en adoptar medidas de conservación, dado que la declaración de ruina atiende solamente a la situación objetiva del inmueble.

La palabra «ruina», según el Diccionario de la Lengua, significa «acción de caer o destruirse una cosa». Al lado de esta significación, que supone un estado actual de hecho consistente en la degradación física o en el deterioro definitivo de una construcción, jurídicamente se da otra más amplia en la que el concepto de ruina abarca tanto el deterioro ya consumado como el estado previo de la construcción que amenaza ruina. Por eso, el artículo 171 L.S.G. (art. 183 LS), que regula esta materia, no emplea el término «ruina», sino el más genérico de «estado ruinoso»¹⁰.

El Cc se refiere a la ruina de un edificio, pared, columna o cualquier otra construcción (art. 389). No define la ruina, sino que se limita a establecer, a cargo del propietario, las obligaciones de demolición ante la amenaza de ruina y de ejecución de las obras necesarias para evitar la caída de la construcción (art. 389 citado); esto último para eliminar la responsabilidad por daños debidos a la falta de las reparaciones necesarias (art. 1.907).

El artículo 389 del Cc acoge un concepto amplio de ruina como estado físico de un inmueble, que amenaza su deterioro final o en el que éste ya se ha consumado, y asocia a este concepto la nota de peligro para la seguridad pública de personas o cosas. También el artículo 1.676 de la LEC, al regular el interdicto de obra ruinoso, distingue en dicha acción dos posibles objetos:

- 1 la adopción de medidas urgentes de precaución para evitar los riesgos presentes en el mal estado de algún edificio, árbol, columna u otro análogo, cuya caída puede causar daño a las personas o a las cosas, y

¹⁰ Sentencia del TS de 30 de septiembre de 1981 (RAJ 3946):

«el concepto de estado ruinoso es un concepto jurídico indeterminado, criterio de valor y de experiencia a cuya concurrencia legal liga el art. 183 LS determinadas consecuencias, lo cual implica que la fiscalización del acto que declara la ruina supone la de los hechos tomados como base por la Administración para aplicarlo».

! la demolición total o parcial de una obra ruinosa.

La LAU inicia un proceso de desnaturalización de la ruina: desvincula el concepto legal de su acepción real, ligada al estado físico de deterioro del inmueble, y convierte el estado ruinoso en un límite al deber del propietario (deber de reparación) de mantener la cosa arrendada en condiciones de servir al uso pactado (límite al deber de conservación que recuerda, entre los principios básicos en que ha de basarse la declaración de ruina, la interesante Sentencia de 23 de junio de 1978 –Ar. 3093–). La ruina se identifica así con la situación necesitada no de simples trabajos de reparación, sino de obras de reconstrucción, que automáticamente presuponen la demolición del edificio: obras –como dice la Sent. de 3 de julio de 1980 (Ar. 3400)– que rebasan el límite de normalidad técnica de los medios ordinarios de reparación.

Los caracteres más relevantes de la declaración de ruina son:

a) Es un acto reglado.

b) Es una situación de hecho de carácter dinámico.

La declaración de ruina se contiene en un acto administrativo que tiene carácter reglado¹¹, toda vez que se trata de la verificación de una situación física de un inmueble en un tiempo concreto, verificación que no se puede realizar automáticamente, sino en virtud de una comprobación llevada a cabo por los técnicos competentes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado a lo largo del tiempo este carácter reglado de la ruina urbanística. Entre otras, puede citarse la Sentencia de 22 de febrero de 1982 (Ar. 1615), en la que se dice que «el fundamento de la declaración de ruina de una edificación, como acto administrativo municipal reglado de policía...».

El carácter dinámico de la declaración de ruina se manifiesta en diferentes sentencias del T.S. (de 22 de enero de 1992 –RJ 764–, de 9 de diciembre de 1993 –RJ 9552–, y 3 de febrero de 1994 –RJ 1004). Dicho carácter permite que se puedan tener en cuenta los informes más recientes, cuando consten, incluso en el momento del proceso contencioso administrativo, y que su denegación no impida la petición de nueva declaración cuando por la evolución del edificio concurren los presupuestos precisos para ello¹².

¹¹ A este carácter aluden GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho Urbanístico*, pág. 765.

¹² Sentencia de 3 de febrero de 1994 (La Ley 869):

«La situación de ruina tiene un carácter dinámico, pues ordinariamente evoluciona en un sentido de empeoramiento progresivo»

Sentencia del TS de 8 de marzo de 1993 (La Ley 593):

«La ruina es una situación evolutiva capaz de consumarse a lo largo del expediente administrativo y el proceso judicial, sin que a la función revisora propia del

3.2. Elementos

La L.S.G. no considera la ruina desde una perspectiva exclusiva o predominantemente urbanística, sino como situación límite en la que cesa el deber del propietario de conservar y mantener el inmueble. Los elementos fundamentales de su régimen son, según G. Enterría y Parejo, los siguientes¹³:

a) La consideración de la ruina como un estado de hecho legitimante, en cuanto constitutivo –legalmente– de la degradación definitiva del inmueble para continuar cumpliendo su destino y finalidades propias, de su desaparición física y, consecuentemente, de la extinción o el cese de las situaciones jurídico-privadas fundadas en dicho inmueble (cese del deber de conservación, extinción de los derechos de arrendamiento, etc.).

Conviene detenerse en la consideración de este elemento del régimen de la ruina, porque a él ha dedicado especial atención el TS, que ha declarado:

1º. Es necesario que las causas de la ruina se encuentren conectadas a una situación de deterioro estructural o ruina física del o de los edificios de que se trate (Sent. de 20 de marzo de 1979 –Ar. 1264–).

2º. Que en la exigencia de demoler para luego reconstruir –aunque no sea en su totalidad– se encuentra precisamente el concepto límite de la normalidad técnica de los medios de reparación admisibles; ocurriendo otro tanto cuando haya que sustituir los elementos estructurales del edificio, pues en tal caso, más que obras de consolidación, se está realmente ante una función reconstructiva (Sent. de 19 de septiembre de 1981 –Ar. 3531–).

orden jurisdiccional contencioso-administrativo se oponga, con la virtualidad suficiente para enervarla, el que en un acto administrativo declaratorio de un estado evolutivo se enjuicie tal como éste se encuentra en el momento de valorarlo, ya que carecería totalmente de sentido obligar al afectado por el mismo a iniciar otra vez un procedimiento administrativo y someter de nuevo a enjuiciamiento el acto decisorio que en él se dictase».

¹³ Sentencia del TS de 2 de febrero de 1982 (RAJ 830):

«Según reiterada doctrina jurisprudencial, la materia de ruina se rige por los siguientes principios: a) el concepto de ruina es un concepto jurídico indeterminado, que corresponde delimitar a la Administración y por vía de revisión a esta jurisdicción, b) tal definición del estado ruinoso se privilegia de una presunción de legalidad, c) son fundamentales los informes periciales, valorados conforme a las reglas de la sana crítica, y con un cierto privilegio de los procedentes de los órganos municipales y los emitidos en el proceso por su presunción de objetividad e imparcialidad, d) si el punto delimitador de las reparaciones normales y anormales, viene dado según excluyan o incluyan los elementos estructurales. Sólo se consideran anormales las que por la entidad del trabajo a realizar y materiales a emplear, mereciera tal calificación».

b) La fijación normativa del estado ruinoso como concepto jurídico indeterminado, por lo que la medida concreta para su aplicación no la ha fijado la propia ley que ha creado el concepto (Sent. de 2 de febrero de 1982 -Ar. 830-) ¹⁴.

c) La contemplación de la ruina exclusivamente desde un punto de vista jurídico-público, como materia reservada a la Administración municipal, con atribución a ésta de potestades para la declaración del estado ruinoso y demolición del bien afectado por el mismo.

3.3. Naturaleza jurídica

La potestad pública referente al estado de ruina se ejercita por medio de órdenes de ejecución, que imponen no la reparación del edificio (consecuencia de la obligación de conservarlo), sino su demolición.

El procedimiento administrativo de ruina tiene, como ha señalado la doctrina, un doble contenido:

1º: De alcance declarativo que comprueba y establece el estado ruinoso, y,

2º. De carácter constitutivo, que ordena la demolición de la construcción afectada por la declaración del estado ruinoso.

El expediente de ruina, como luego veremos, ha de verificar, con relación al inmueble al que se refiera, el estado de hecho en que consiste la ruina, para lo cual son importantes los elementos probatorios y singularmente los dictámenes periciales, valorados y ponderados con arreglo a las normas de la sana crítica ¹⁵.

La no apreciación de la ruina en un determinado expediente, una vez firme, no produce el efecto de cosa juzgada, como así han declarado las STS de 23 de junio de 1978 -Ar. 3093- y de 7 de febrero de 1978:

«El no haberse accedido a la declaración de ruina no impide que de nuevo pueda reiterarse la solicitud, dado que los elementos cronológicos influyen decisivamente en la situación del inmueble, sin que la cosa juzgada, administrativa o jurisdiccional, tenga operatividad en esta materia».

¹⁴ Sobre la discrecionalidad en las calificaciones urbanísticas físicas, vid. DESDENTADO DAROCA, E, «Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico», ARANZADI Editorial, Pamplona 1997; en especial, pág. 436 y ss.

¹⁵ Sentencia del TS de 22 de julio de 1994 (Ar. 17119):

«La existencia de alguno de los supuestos de la ruina y su calificación constituye una cuestión de hecho que habrá que inferir de la prueba practicada, fundamentalmente de los informes periciales que los profesionales de la construcción hayan emitido, informes que deben ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, como dispone el art. 632 LEC, atendiendo para ello a los datos y elementos tenidos en cuenta en los mismos para llegar a las conclusiones obtenidas».

«lo debatido no es ningún derecho subjetivo, sino una mera cuestión de hecho, cual es la real situación del inmueble, situación que puede variar, por obra del hombre, por el transcurso del tiempo o por simples accidentes físicos o meteorológicos».

Por otra parte, caracteriza a la ruina su objetividad. La declaración se produce exclusivamente sobre la base del interés público que legitima el ejercicio de la potestad administrativa y no constituye una resolución del conflicto de derechos o intereses privados afectados. Son totalmente inoperantes a los efectos de declaración de ruina las causas que hayan podido determinarla, incluso la propia desidia o incuria del propietario. En consecuencia, la declaración de ruina ha de tener en cuenta para su fundamentación únicamente la regulación contenida en el artículo 183 de la LS (ss. de 5 de junio de 1978 y 26 de enero de 1982 -Ar. 772-).

Finalmente, la declaración de ruina es un acto reglado sometido a normas específicas sustantivas y procedimentales, acordado en expediente contradictorio, y es impugnable en vía jurisdiccional (Sent. de 18 de diciembre de 1974). Así también lo ha recordado la Sentencia de 7 de noviembre de 1977 (Ar. 4590).

3.4. Supuestos o clases de ruina

La L.S.G., en su artículo 171.2 contempla tres supuestos legales de estado ruinoso¹⁶:

a) Agotamiento generalizado de los elementos estructurales fundamentales del edificio (este supuesto tiene fiel reflejo en la LSG, cuando hace referencia al «*daño no reparable técnicamente por medios normales*»);

b) coste de la reparación superior al 50 por 100 del valor actual del edificio o plantas afectadas, y

c) realización de obras que no pudiesen ser autorizadas por encontrarse el edificio fuera de ordenación (también en este caso la LSG nos recuerda un supuesto análogo, «*circunstancias urbanísticas que aconsejaren la demolición del inmueble*»).

El ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han distinguido tradicionalmente entre la «ruina normal» y la «ruina inminente». Esta última permite al alcalde, cuando exista urgencia y peligro en la demora y por motivos de seguridad, adoptar las medidas oportunas respecto de la habitabilidad del inmueble y el desalojo de sus ocupantes.

Para la declaración de «ruina normal», la legislación urbanística, desde 1956, ha tasado los supuestos contemplados por el art. 171.2 de la

¹⁶ Realizamos un análisis comparativo con la legislación en vigor después de la STC 61/97: LS de 1976, dado que la generalidad de la jurisprudencia citada alude a la terminología del citado texto refundido.

L.S.G. Asimismo, entiende que dichos supuestos tienen carácter alternativo, de modo que basta la concurrencia de uno de ellos para que resulte procedente la situación legal de ruina (así lo ha declarado reiterada jurisprudencia. Entre otras, STS. de 16 de febrero de 1980 -Ar. 1705-, de 17 de marzo de 1989 -Ar. 2091 y de 22 de noviembre de 1993- Ar. 8512).

Sobre la base de los supuestos legales de ruina, la jurisprudencia ha establecido la triple clasificación: ruina física, ruina económica y ruina urbanística¹⁷ (terminología utilizada, por ejemplo, por la Sent. de 2 de marzo de 1979 -Ar. 1015-). Estos tres tipos constituyen la ruina normal -apreciable por el procedimiento ordinario a través de expediente contradictorio- a diferencia de la ruina inminente (170.4 L.S.G.), en la que concurren las notas de urgencia y peligro en la demora y que habilitan a la Administración, sin necesidad de procedimiento contradictorio, para adoptar las medidas necesarias en orden a la habitabilidad del inmueble y el desalojo de sus ocupantes (el artículo 26 del RDUG).

El TS se fija en la condición de las obras a realizar, cualquiera que sea el coste de las mismas (Sent. de 30 de enero de 1971 -Ar. 333-), traslada el elemento determinante a que pueda efectuarse la reparación por medios normales o sea preciso recurrir a otros que no lo sean (Sent. de 7 de junio de 1975 -Ar. 3609-), y, finalmente, delimita el concepto de «daño no reparable técnicamente por medios normales» con unos criterios favorables a la declaración de ruina, siempre y cuando la anormalidad obligue a derribar para reponer (Sent. de 12 de febrero de 1975 -Ar. 943-); esto es, que no se trate de una reparación simple, sino de una reconstrucción (Sent. de 3 de junio de 1975 -Ar. 3322-).

La diferenciación de la ruina en total y parcial está presente en el artículo 171.1 L.S.G., que emplea las expresiones «cuando alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso» y «el ayuntamiento declarará y acordará la total o parcial demolición», además de referir el supuesto b) de su número 2 al «valor actual del edificio o plantas afectadas». Sin embargo, esta clasificación pierde relevancia al fijar la jurisprudencia como concepto clave del estado ruinoso el de la unidad predial¹⁸. Esta circunstancia,

¹⁷ Sentencia del TS de 20 de junio de 1995 (Ar. 8433):

« Conforme al art. 183 TR LS podemos distinguir tres tipos de ruina: la física, la económica y la urbanística. No resulta preciso que se den conjuntamente estas tipologías para que un edificio pueda ser declarado en situación legal de ruina».

¹⁸ Según la STS de 21 de septiembre de 1981 -Ar. 3538-, el principio de unidad predial determina técnicamente la declaración de ruina de un inmueble, obligando a referir sus defectos a dicho inmueble en su conjunto, aunque el estado ruinoso sólo se manifieste en algún sector del edificio, al ser en principio el concepto de ruina unitario, lo que no es obstáculo para que si el inmueble en cuestión estuviere constituido por cuerpos independientes, arquitectónicamente separados y susceptibles de consi-

a juicio de G. Enterría y Parejo, reduce la ruina parcial a mera excepción (así lo ha declarado, entre otras, la Sent. de 10 de mayo de 1980 –Ar. 2829–), que sólo puede darse en el caso de construcciones complejas con dos o más cuerpos estructural o funcionalmente separables, independientes o autónomos (condiciones únicas que permiten la limitación de la declaración de ruina al cuerpo o cuerpos constructivos afectados). Según la jurisprudencia del T.S. (Sent. de 24 de mayo de 1972 –Ar. 3379–), no es preciso para declarar la ruina de un edificio que estén ruinosos todos y cada uno de sus elementos y dependencias. Tan sólo es suficiente que la ruina afecte a una o varias de sus porciones o zonas, siempre que todas ellas se integren en su unidad funcional y las partes afectadas puedan naturalmente influir en la estabilidad y seguridad de su construcción. La realidad que interesa es la físico-jurídica y no la jurídico-hipotecaria (Sent. de 18 de enero de 1974 –Ar. 443–).

La Sentencia de 22 de septiembre de 1981 (Ar. 3741) establece que la posibilidad del estado ruinoso parcial implica la definición arquitectónica de cuerpos separados e independientes en el edificio con el significado de suficiencia estructural (relativa al normal destino de habitabilidad) para la porción subsistente al derribo, en cuanto no afectada por daños típicos o circunstancias urbanísticas. A mayor abundamiento, también implica la autonomía de demolición de la parte deteriorada en el sentido de no repercutir sobre la conservada de modo que produzca en ésta desperfectos. Si no fuese así, resultaría contradictorio con el propio concepto de cuerpo separado o estructuralmente suficiente un derribo parcial que incidiera sobre la porción no dañada ocasionándole *ex novo* deterioros que legalmente requerirían su segunda subsunción en causa típica de las aludidas. En definitiva, es preciso acreditar la conjunción de ambos supuestos –suficiencia estructural y autonomía de demolición– como factores condicionantes de la ruina parcial, de necesaria constatación en la prueba practicada. La misma sentencia agrega que, en principio, no es factible calificar de cuerpos separados las plantas bajas y las superiores de los edificios en orden a mantener las primeras y declarar el estado ruinoso de las segundas. Resulta obvio que el derribo de éstas produciría en aquéllas la necesidad, cuando menos, de reconstruir la cubierta en su totalidad, elemento estructuralmente esencial.

deración aislada, pueda declararse la ruina parcial de estas edificaciones aisladas e independientes, no arrastrando la ruina de estas últimas a las demás, insistiéndose en la doctrina que venimos recogiendo que, para que la ruina parcial no afecte a la totalidad de la construcción, es necesario que aquélla se produzca en los casos de cuerpos distintos, que, en atención a la configuración arquitectónica, permitan un tratamiento diferenciado, al existir una verdadera determinación de cuerpos aislados e independientes.

Aun reconociendo que el concepto de edificio ruinoso es por regla general unitario, el TS no ha dudado en declarar (Sent. de 17 de julio de 1981 -Ar. 3510-) que:

«Es forzoso acudir a la ruina parcial cuando las pruebas practicadas, especialmente la de reconocimiento judicial, han puesto de manifiesto que en cuanto al edificio no hay unidad predial, ya que el corral y sus naves forman un cuerpo independiente física y jurídicamente, por existir una solución de continuidad con el resto del edificio y por ser objeto de arrendamiento aparte»

En la *ruina física*, el daño ha de consistir en un deterioro total de los elementos arquitectónicos o constructivos a los que afecte, de modo tal que implique la inestabilidad del inmueble o, lo que es lo mismo, la necesidad de su sustitución o reposición (total o parcial). El daño ha de afectar no a cualesquiera elementos constructivos, sino, precisamente y cuando menos, a los esenciales, sustanciales, estructurales o vitales (cimientos, pilares o muros de carga, forjados, cubierta) (Sent. de 19 de junio de 1979 -Ar. 2959-). En la exigencia de demoler, para luego reconstruir, se encuentra precisamente el concepto límite de la normalidad técnica de los medios de reparación admisibles (ss. de 12 de abril de 1973 -Ar. 1834- y 12 de mayo de 1978)-

Esta doctrina del Tribunal Supremo vino a consolidar la interpretación restrictiva que consideraba a un edificio en estado de ruina cuando presentaba un absoluto agotamiento (de gran trascendencia en relación con el conjunto de la edificación) de sus elementos estructurales. Este es un dato que, según el propio Tribunal (Sentencia de 22 de abril de 1985 -Ar. 2251-), sólo puede constatarse tomando en consideración las características de la edificación y la importancia cualitativa y cuantitativa de los daños y reparaciones a efectuar en aquélla, puesto que las modernas técnicas constructivas permiten conceptualizar de normales o usuales supuestos de obras que antes no merecían tal caracterización.

La *ruina económica* requiere la acreditación de la especificación y valoración de las obras a realizar y la evaluación del edificio (Sent. de 17 de junio de 1978 -Ar. 3093-). Las obras determinantes del coste de reparación son las precisas para asegurar la estabilidad, salubridad o habitabilidad del edificio, con exclusión de las de ornato, adecentamiento o embellecimiento. La valoración ha de circunscribirse a lo construido, con exclusión del valor del solar (Sent. de 3 de febrero de 1978 -Ar. 570-) en cuanto elemento ajeno a la ruina. Para fijar el valor ha de partirse del coste actual de la construcción y detraer después el porcentaje de depreciación procedente por el estado y antigüedad de la edificación.

El agotamiento generalizado de los elementos estructurales fundamentales del edificio («daño no reparable por medios normales», según

la LSG) ha de entenderse referido a dificultades técnicas que puede ofrecer la ejecución de las obras en razón de las características que presenten la estructura y estado de conservación del edificio. Con independencia de su coste, es también cierto que las reparaciones por medios no normales responden a supuestos de verdadero agotamiento de las estructuras y elementos básicos del edificio que imponen demoliciones generalizadas e importantes para luego reconstruir partes principales, aparte de representar, en ocasiones, soluciones antieconómicas para el propietario y opuestas, a la vez, al interés general por tender a perpetuar construcciones vetustas (sin valor) y antihigiénicas. En definitiva –dice la Sent. de 19 de septiembre de 1981 (Ar. 3531)–, en el momento actual es muy difícil separar el coste de la reparación del carácter o naturaleza de ésta, ya que el avance de la técnica constructiva permite hoy la realización normal (actuación usual) de obras de consolidación o reparación a fondo de cimientos, estructuras o saneamiento que sólo encuentran la contraindicación de su alto coste o de los supuestos límites o de real agotamiento de los elementos básicos o de estructura (informado todo ello por el principio de proporcionalidad que rige o informa, en todo caso, la intervención administrativa en este campo).

Por otro lado, la *ruina urbanística* hace referencia a la situación de «fuera de ordenación». Este supuesto urbanístico de ruina (Sent. de 26 de mayo de 1978) existe cuando el edificio se encuentra afectado por un plan (Sent. de 17 de julio de 1980 –Ar. 3437–). No obstante, no se configura un supuesto puro de ruina legal por el mero hecho de hallarse una edificación fuera de las prescripciones urbanísticas que rijan para el sector o zona de que se trate, sino que hay que relacionar tal circunstancia con la situación o estado físico de la misma (ss. de 7 marzo 1980 –Ar. 2712– y de 29 enero 1982 –Ar. 366–)¹⁹.

La *ruina inminente* (art. 171.4 L.S.G) tiene, como señalan G. Enterría y Parejo, dos elementos componentes:

1º. Una situación de deterioro físico del inmueble o construcción, afectante de tal modo a la seguridad o salubridad de éstos que determine verdadera urgencia en la demolición.

2º. La existencia de un peligro actual y real para las personas o las cosas, proveniente del grado de afección a los intereses públicos de la seguridad y la salubridad; peligro que es el que provoca precisamente la urgencia en la demolición.

¹⁹ Para una correcta delimitación del concepto «fuera de ordenación», vid. RAMOS MEDRANO, J. A., «La pretendida deslegalización del régimen jurídico fuera de ordenación»; RDU n.º 148 (1996), págs. 103 y ss. También, GARCÍA BELLIDO, J., «Conservación y fuera de ordenación» RDU n.º 105, págs. 105 y ss., y CASTRO TRONCOSO, «Licencias y autorizaciones...»; RDU n.º 35, págs. 75 y ss.

Este supuesto de ruina se caracteriza por las notas de urgencia y de un peligro tan actual y real que la ley atribuye a la autoridad municipal una facultad-deber de intervención inmediata. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1991 añade, además, la nota de la previsibilidad, cuya apreciación ha de tener en cuenta las exigencias prioritarias de la seguridad de las personas y de las cosas.

Por último, las Sentencias de 19 de mayo de 1976 y 20 de diciembre de 1985 exigen que los presupuestos y circunstancias que legitiman la declaración de ruina queden suficientemente acreditados y que la actuación administrativa se ajuste a los principios de proporcionalidad y congruencia.

En relación con la ruina de *los edificios de valor cultural* (art. 171.5 L.S.G.), el TS. ha declarado (Sent. de 27 de octubre de 1981 -Ar. 4691-) que la catalogación de un inmueble o conjunto de inmuebles como monumento histórico-artístico es un acto administrativo mediante el cual se somete un edificio o zona a un régimen peculiar de tutela y conservación, viniendo a crearse un tipo de dominio sometido a normativa especial. Por esta razón, una vez incoado expediente para la declaración de un edificio como monumento histórico-artístico, no podrá derribarse, realizarse en él obra alguna ni proseguir las comenzadas y, en caso de inminente ruina, el arquitecto conservador de la zona donde esté enclavado el edificio atenderá la urgencia -si ésta existe y hay peligro en la demora- prescindiendo del expediente contradictorio (ss. de 23 de septiembre de 1963 -Ar. 3675- y 10 de febrero de 1964 -Ar. 1093-)²⁰.

Todo ello resulta coherente porque, si bien es cierto que toda actuación administrativa ha de ser precedida de un acto que le sirva de fundamento jurídico, también lo es que la peculiaridad de la llamada coacción directa o inmediata de la Administración (que supone una reacción frente a determinadas situaciones apremiantes contrarias al orden gene-

²⁰ A este respecto, el TS ha sostenido que, si bien «hay que conservar los inmuebles protegidos por todos los medios, cualquiera que sea su coste y los medios a emplear...», ello no impida que pueda declararse la situación legal de ruina de un edificio protegido, pues tal declaración no es más que una constatación oficial de una situación de hecho, que no significa que la demolición pueda llevarse a cabo en su totalidad, cuando las específicas cualidades arquitectónicas del edificio imponen su conservación, total o parcial, de tal modo que en el momento en que se solicite la licencia de demolición se podrá adoptar la decisión que legalmente sea la procedente sobre la demolición o conservación y rehabilitación de todo o parte del mismo, sin que ello afecte a la declaración de ruina [STS de 9 de marzo, 6 de mayo y 7 de junio de 1993 (Ar. 1600, 3477 y 4518)].

Así pues, la protección de un determinado edificio integrado en el patrimonio histórico-artístico podrá afectar a la efectividad de la declaración del estado ruinoso pero no a la viabilidad de tal declaración [STS 12 de mayo y 24 de junio de 1992 (Ar. 4146 y 5313)].

ral) reside en que el acto se dicta sin procedimiento previo y, en la mayoría de las ocasiones, en forma simplemente verbal, al consistir en una orden de actuación.

3.5 Declaración de estado ruinoso

A) *Regulación legal y reglamentaria del procedimiento*

Cuando alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso, el ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, declarará y acordará la total o parcial demolición, previa audiencia del propietario y de los moradores, salvo inminente peligro que lo impidiera (art. 171.1 L.S.G. –art. 183.1 LS–). Por tanto, como ha declarado el TS (Sent. de 5 de diciembre de 1966), con excepción del supuesto que se conoce con el nombre de «ruina inminente», en los demás casos el expediente de declaración de ruina es contradictorio.

El TS ha declarado además, y de forma reiterada, que el estado ruinoso de un edificio, por afectar a la función de policía urbanística, no sólo incumbe a los propios interesados, sino igualmente a la Administración pública y, en definitiva, a la Jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de evitar con ello los posibles riesgos y peligros que tal situación puede originar (Sent. de 24 de mayo de 1972 –Ar. 3379–).

El expediente contradictorio de ruina se configura en la jurisprudencia como un proceso ordenado a la investigación de un estado de hecho, cuya realidad corresponde apreciar a la autoridad municipal dentro de sus facultades regladas, pero con la obligación de amoldar sus resoluciones, en cada caso concreto, a los supuestos fácticos que se deriven de las actuaciones administrativas, adoptando el acuerdo adecuado a los datos y pruebas obtenidas (ss. de 7 de noviembre de 1977 –Ar. 4590– y 17 de noviembre de 1981 –Ar. 5178–).

El procedimiento de declaración de ruina está regulado con más detalle en el R.D.U.G. (arts. 35 a 47, ambos inclusive). De esta regulación resulta que, aparte de la referencia a la inscripción de la finca afectada en el Registro de Edificación Forzosa (art. 43) –que propiamente se refiere a los efectos de la declaración–, cabe distinguir dos tipos de procedimiento, el ordinario y el aplicable a la ruina inminente.

B) *Procedimiento ordinario*

En este procedimiento cabe distinguir las siguientes fases:

a) *Iniciación:*

Puede efectuarse de oficio o a instancia de cualquier interesado. El artículo 35 del R.D.U.G. establece que se considerarán interesados, entre otros, para iniciar el procedimiento de declaración de ruina, a toda per-

sona, natural o jurídica, que alegue daño o peligro de daños propios derivados de la situación actual de la construcción. También puede formular denuncias sobre la situación de ruina de una construcción cualquier persona, física o jurídica, aunque no alegue la existencia de daños o perjuicios para sí o sus bienes o intereses legítimos²¹. En este sentido se expresan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1989 (Ar. La Ley, 1989,3-1,311) y de 17 de febrero de 1987 (RAJ, 3206):

«Para que se pueda instar un expediente de ruina no es requisito indispensable acreditar la condición de propietario, por tratarse de materia inordinada en el ordenamiento urbanístico en el que rige la acción popular, aparte la disposición específica contenida en el art. 183.1 de TR LS que permite que estos expedientes puedan ser promovidos tanto de oficio como a instancia de cualquier interesado, expresión esta que se concreta en el art. 17 RD 2187/1978 de 23 de junio, autorizando incluso el párr. 3 del mismo precepto, a formular denuncias sobre la situación de ruina de la construcción a cualquier persona física o jurídica, aunque no alegue la existencia de daños o peligros para sí o para sus bienes o intereses legítimos».

«No es válido como argumento de oposición a la declaración de ruina de una casa el que el promotor del expediente sea uno solo de los varios copropietarios de la finca, puesto que el ejercicio de la potestad que la Administración ejerce en estos casos no está supeditada al presupuesto de una determinada legitimación de quien lo promueva, por estar abierta *ex universi*, pudiendo ser ejercida *ex officio*; debido, esto, a que la finalidad perseguida con esta intervención administrativa es la de comprobar cuál es el verdadero estado físico de una determinada edificación».

La iniciación de oficio puede, a su vez, efectuarse:

a) Por acuerdo de la Administración municipal²², como consecuencia del correspondiente informe evacuado por los servicios técnicos.

²¹ Sentencias de 22 de septiembre de 1982 (RAJ 5481) y de 12 de julio de 1983 (RAJ 4042):

«Resulta intrascendente a efectos de la validez de lo actuado en el expediente contradictorio de ruina, que la persona que firme la petición de incoación del expediente no acredite la representación de los propietarios de la edificación, cuya declaración de ruina en su nombre insta, porque tal cualidad, no discutida en vía administrativa, no puede servir de base para la falta de legitimación alegada en trámite de instrucción».

«En ningún precepto legal resulta exigido el carácter de titular dominical para promover la declaración de ruina, que no sólo puede instarse por un auténtico interesado, aun careciendo de tal carácter, sino por la mera denuncia de cualquier persona o incluso de oficio».

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1982 (RAJ 7971):

«Los expedientes para la declaración de fincas en estado ruinoso cabe sean instados incluso de oficio por los respectivos ayuntamientos, sin que los errores que puedan cometer respecto a sus propietarios produzcan indefensión alguna para los arrendamientos del inmueble».

b) Como resultado de las comprobaciones efectuadas por la Administración (concretamente una información previa consistente en el informe que emitirán los servicios técnicos municipales, en razón del cual se acordará la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones) en virtud de las denuncias formuladas (art.36.2 R.D.U.G.).

La iniciación a instancia de los interesados requiere la presentación por éstos de un escrito en el que se harán constar los datos de identificación relativos al inmueble, el motivo o motivos en que se basa el estado de ruina y la relación de los moradores, cualquiera que fuese el título de posesión, así como de los titulares de derechos reales sobre el inmueble, si los hubiere²³. A este escrito se ha de acompañar informe expedido por facultativo competente, en el que se justifique la causa de instar la declaración de ruina, y se acredite asimismo, si en el momento de la petición el edificio reúne, a su juicio, condiciones de seguridad y habitabilidad suficientes que permitan a sus ocupantes la permanencia en él hasta que se adopte el acuerdo que proceda. Si el que solicita la declaración de ruina es el propietario del inmueble, ha de probar también su titularidad (art. 37.3 R.D.U.G.), normalmente a través de un certificado del Registro de la Propiedad.

b) Instrucción:

Iniciado el expediente, se pondrá de manifiesto:

l al propietario.

l a los moradores.

l a los titulares de derechos reales sobre el inmueble, si los hubiere, dándoles traslado literal de los informes técnicos para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, prorrogable por la mitad del concedido, aleguen²⁴ y presenten por escrito los documen-

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1984 (Ar. La Ley 746).

«Instada por el propietario de la finca de autos, la incoación del expediente contradictorio de ruina, amparado en dictamen facultativo acreditativo del mal estado de conservación de la finca, y de sus características de fuera de ordenación (necesidad de realización obras importante, etc.) es indudable que la petición cumplía las exigencias legales, art. 183 TR LS en relación con el art. 69 y cc. LPA, y que por ello la autoridad municipal no podía, sin más, rechazar lo instado, dado que la ley permite la incoación de estos expedientes a instancia de cualquier interesado, lo cual significa la obligación legal de apertura o iniciación del procedimiento si el escrito inicial cumple los requisitos o determinaciones legales (art. 69 LPA y preceptos complementarios) y tan sólo en caso de que adolezca de alguna falta o imperfección legal cabría la facultad de requerimiento previsto en el art. 71 de la ley citada para que se completase el dato o exigencia requerida con la consecuencia de archivo que el propio precepto establece en el caso de incumplimiento de lo interesado».

²⁴ Sentencia de 7 de junio de 1993 (Ar. La Ley 690) y Sentencia de 31 de julio de 1991 (Ar. 4118):

tos y justificaciones que estimen pertinentes en defensa de sus respectivos derechos.

Cuando el informe técnico presentado por el propietario invoque la existencia de peligro inmediato que pueda producir daño a las personas, se ordenará una inspección técnica y, a la vista de la misma, se acordará lo pertinente respecto a la habitabilidad del inmueble, el desalojo de sus ocupantes y la demolición de las construcciones. La inspección podrá repetirse cuantas veces se estime oportuno durante la tramitación del expediente y, una vez finalizado, hasta que conste la demolición del inmueble.

Transcurrido el plazo concedido, los servicios técnicos municipales evacuarán dictamen pericial, previa inspección del inmueble en plazo de diez días (art. 39 R.D.U.G.). El resultado de los dictámenes técnicos –y en el de la Administración se da una presunción de objetividad– conlleva una influencia decisiva en la resolución que se adopte (Sent. de 2 de marzo de 1979 –Ar. 1015–). Se ha dado un valor preferente a los informes municipales –dice la Sent. de 13 de noviembre de 1979 (Ar. 3791)– en razón de su presumible alejamiento de los intereses en pugna.

c) Resolución:

Concluido el expediente, se elevará propuesta con todo lo actuado al órgano que tenga atribuida la competencia para la resolución definitiva.

«La afirmación de que se infringe el art. 183 TR LS por no haber dado audiencia en el expediente a la madre del solicitante del estado de ruina, copropietaria de la edificación, supone invocar una causa de nulidad del expediente por vicios de carácter formal que en modo alguno puede tener acogida, habida cuenta las relaciones familiares de los copropietarios de la edificación que, salvo prueba en contrario, permiten deducir que eran de consuno y que, en todo caso, no produce indefensión al demandante».

«Las alegaciones de la apelante no desvirtúan los graves vicios procedimentales consignados en la sentencia apelada, en la que se pone de relieve el escaso rigor formal con que el expediente ha sido tramitado y que alcanza, tanto a los requerimientos previos para el cumplimiento de la orden de ejecución de las obras necesarias para mantener el edificio en condiciones de seguridad, como al posterior acuerdo de ejecución subsidiaria, al haberse omitido la notificación de las resoluciones al resto de los copropietarios y ello pese a estar perfectamente identificados en las actuaciones, privándoles, en definitiva, del trámite de audiencia y vista, omisión que reviste una especial consideración, dado que: a) las obras de reparación que finalmente se ordenan realizar en ejecución sustitutoria difieren sustancialmente de las consignadas en el requerimiento previo que le sirve de fundamento, y b) algunas de las deficiencias que se ordenan reparar implican reparaciones que afectan a la estructura del edificio y, por tanto, pueden dar lugar a la reconstrucción de elementos sustanciales estructurales de la finca, y en este sentido reiterada doctrina jurisprudencial ha venido señalando como límite del deber de conservación que atañe al propietario del inmueble el que las obras sean de reparación y no de reconstrucción de elementos arquitectónicos sustanciales y costosos.

La propuesta deberá redactarse en el plazo de diez días desde que se incorporó al expediente el informe técnico municipal, y no podrá exceder de seis meses el tiempo que transcurra desde que se inicie el procedimiento de ruina hasta que se dicte la declaración pertinente, salvo causas debidamente justificadas (art. 40.3 R.D.U.G.).

La resolución del expediente habrá de contener alguno de los pronunciamientos siguientes:

a) Declarar el inmueble en estado de ruina, ordenando la demolición. Si existiera peligro en la demora, la Administración acordará lo procedente respecto al desalojo de ocupantes.

b) Declarar en estado de ruina parte del inmueble cuando esa parte tenga independencia constructiva del resto, ordenando, asimismo, su demolición.

c) Declarar que no hay situación de ruina, prescribiendo las medidas pertinentes destinadas a mantener la seguridad, salubridad y ornato públicos del inmueble de que se trate.

En los dos últimos casos, el acuerdo determinará las obras necesarias que deba realizar el propietario (art.41.2 R.D.U.G.).

La resolución del expediente se notificará a todos los que hubieran sido parte en el mismo y a todos los moradores del inmueble, aunque no se hubieran personado.

Cuando se hubiese acordado la ejecución de obras, se fijará el término dentro del cual deban iniciarse, con la advertencia de que, si no se hiciese, la Administración las ejecutará (ejecución subsidiaria), pasando al obligado el cargo correspondiente.

Si se acordase la demolición del inmueble, se fijará asimismo el plazo en que haya de iniciarse. Si además hubiese peligro o riesgo inminente en la demora, la notificación dirigida a los ocupantes expresará el plazo para el desalojo del inmueble, con apercibimiento de desahucio por vía administrativa (art. 42.3 R.D.U.G.).

c) Procedimiento en el supuesto de ruina inminente

Cuando como consecuencia de comprobaciones realizadas por los servicios de la Administración, de oficio o en virtud de denuncia de particulares, o como consecuencia de escrito de iniciación del expediente de ruina, se estime que la situación del inmueble o construcción ofrece tal deterioro que es urgente su demolición y existe peligro para las personas o bienes en la demora que supone la tramitación del expediente, el ayuntamiento o el alcalde acordarán el desalojo de los ocupantes y adoptarán las medidas referidas a la seguridad de la construcción.

A tal efecto, recibida la instancia solicitando la declaración de ruina o la denuncia de cualquier persona, se dispondrá con carácter de urgen-

cia una visita de inspección, emitiéndose informe por los técnicos municipales, sobre las condiciones de seguridad y habitabilidad del inmueble. El informe propondrá, en su caso, la adopción de medidas excepcionales de protección, tales como apeos o apuntalamientos, que hayan de aplicarse con carácter inmediato. El ayuntamiento o el alcalde adoptarán la resolución que proceda en plazo de veinticuatro horas desde la recepción de los informes (art. 44.2 R.D.U.G.).

Si el dictamen técnico expresara la posibilidad de continuar ocupándose el inmueble, previa adopción, si procediere, de medidas de apeo o apuntalamiento, se proseguirá el expediente por los trámites normales. No obstante, se girarán las visitas de inspección que sean necesarias y, al menos, las que se hayan indicado en el informe técnico, por si variaran las circunstancias apreciadas al emitirlo o aparecieran otras nuevas que aconsejaran una decisión distinta. Finalizado el expediente, se mantendrá la vigilancia en los mismos términos que durante su tramitación, hasta el total desalojo del inmueble.

D) *Responsabilidad de los propietarios*

La declaración administrativa de ruina o la adopción de medidas de urgencia no eximirá a los propietarios de los inmuebles de las responsabilidades de todo orden que pudieran serles exigidas por negligencia en los deberes de conservación que les correspondan.

El expediente de ruina tiene por objeto constatar una situación de hecho puramente objetiva, independientemente de las causas o motivos que pudieran haberla originado, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan ser exigidas a los propietarios por negligencia en los deberes antes citados. Ello obliga a dejar al margen la actuación del propietario en relación con la situación del edificio²⁵, así como la del propio ayuntamiento en orden a la adopción de las pertinentes órdenes de ejecución de obras. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1984 (RAJ 5759):

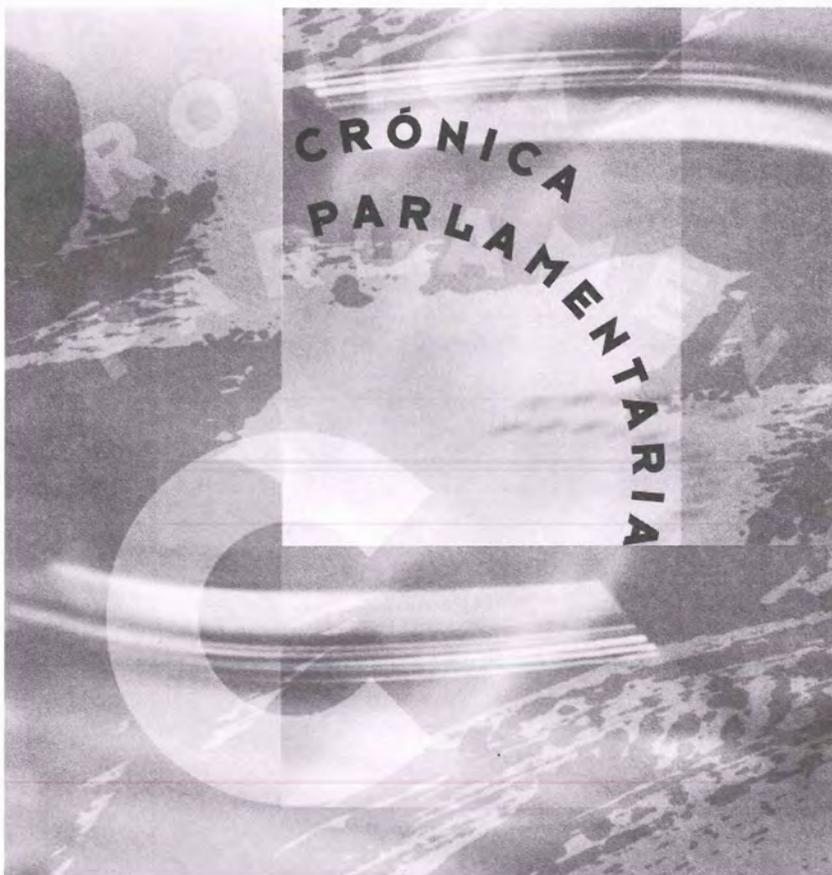
«Teniendo por finalidad el expediente de declaración de ruina constatar un hecho objetivo independiente de las causas que lo han producido, es

²⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1982 (La Ley 523), de 21 de octubre de 1981 (RAJ 4532), de 26 de octubre de 1981 (RAJ 4639) y de 26 de enero de 1982 (RAJ 772):

«Ni la Administración ni la jurisdicción pueden entrar a discriminar si existen motivos de culpa del propietario por no llevar a cabo en tiempo oportuno las reparaciones necesarias para mantener el edificio en buen estado, sino declarar la existencia o no del estado de ruina, porque contra ese abandono o incumplimiento de sus obligaciones por la propiedad, pudieron los perjudicados accionar en la forma que por las leyes les autorice».

evidente que dentro del mismo no tienen cabida las exigencias de responsabilidad patrimonial de aquéllos que hayan sido causantes del estado ruinoso, sean los propietarios del edificio o terceras personas privadas o públicas, frente a las cuales podrán ejercitarse las acciones civiles, penales o administrativas que correspondan en los procedimientos pertinentes».

Para el reintegro de los gastos hechos por la Administración en la acción sustitutiva de la inactividad de los particulares, en supuestos de orden de conservación o de adopción de medidas de seguridad, se seguirá, en su caso, el procedimiento de apremio (art. 28 R.D.U.G.). 



**CRÓNICA
PARLAMENTARIA**

O CONCEPTO DE ORDE NO PARLAMENTARISMO GALEGO

Xosé A. Sarmiento Méndez

Letrado do Parlamento de Galicia
Profesor asociado de dereito constitucional
Universidade de Vigo

A orde parlamentaria atopa como marco constitucional de referencia o artigo 72.3 da Constitución: «Os presidentes das cámaras exercen no nome destas tódolos poderes administrativos e facultades de policía no interior das súas respectivas sedes», que é unha copia defectuosa do previsto no artigo 40.2 da Lei fundamental de Bonn, o que merece unha crítica negativa por parte da doutrina española¹. A ausente regulación estatutaria da cuestión fai que, no noso dereito, a esexese deba facerse dende un enfoque exclusivamente regulamentario e de praxe parlamentaria. Analizarei de seguido as implicacións que a orde parlamentaria comporta no funcionamento da Cámara autonómica galega fundamentalmente en dúas facetas: a orde parlamentaria dentro do recinto da cámara e a orde parlamentaria nos debates.

¹ O artigo da Constitución alemá atribúelle ó presidente do Bundestag o poder disciplinario e o poder xudicial dentro do edificio da cámara. Segundo Santaolalla é posible interpreta-lo 72.3 da C.E. no sentido de equiparalos poderes administrativos citados cos poderes administrativos na súa dimensión estritamente disciplinaria, isto é, os poderes de sanción e reconvenção por infraccións ós regulamentos e demais normas que rexen a vida interna das asembleas. *Dereito Parlamentario Español*. Espasa Universidad. Madrid. Páx.165.

I. A orde parlamentaria nos debates

O texto regulamentario galego trata das chamadas á orde xunto á chamada á cuestión. Quizais é consciente da relación existente entre ambas en determinados supostos, xa que a persistencia no uso da palabra fóra da cuestión obxecto do debate é unha das causas que xera as desordes nas sesións da cámara.

1.1. A chamada á orde

O presidente da cámara, como sinalou no seu día Torres Muro², non actúa baixo o principio de xerarquía nas súas relacións cos deputados, xa que nos atopamos ante un «parlamento de iguais» no que prima o principio de colexialidade. Este dato é fundamental, ó meu xuízo, para interpretar a normativa autonómica reguladora dos supostos nos que o presidente pode chamar á orde os parlamentarios.

Por outra banda existen o que podemos denominar chamadas á orde de «baixa intensidade», as que Cazorla Prieto³ denomina como chamadas á cortesía, que suporán unha actuación presidencial de carácter preventivo e que tenta evitar posibles chamadas á orde que leven consigo as consabidas consecuencias regulamentarias. De xeito similar a Presidencia adoita chamar á orde o conxunto da cámara⁴, cando os murmurios nela fan difícil o desenvolvemento dos debates. Obviamente estes supostos pouca relación gardan coas chamadas á orde ós deputados individuais e que poden integrar supostos de disciplina parlamentaria.

Establécense no texto galego catro casos a partir dos que os deputados ou oradores serán chamados á orde.

En primeiro lugar o regulamento fala do suposto constituído por aquel orador que profira palabras ou verta conceptos con determinados contidos. Debe concluírse que, polo tanto, non só os vocábulos ofensivos poderán ser obxecto da chamada á orde senón tamén argumentacións indirectas que constituían «conceptos» ofensivos ó xuízo da Presidencia.

Os destinatarios desas actuacións dos oradores poden ser cinco segundo o noso regulamento. O primeiro é o «decoro da cámara», caso no que o presidente requiriralle ó deputado ou orador para que retire as ofensas proferidas e ordenaralle que non consten no Diario de sesións. Se o

² Torres Muro, Ignacio, *Los órganos de gobierno de las Cámaras legislativas*. Madrid, 1987, páx.22.

³ Así no seu clásico: *La oratoria parlamentaria*. Colección Austral. Espasa-Calpe. Madrid.1985. Páx. 124.

⁴ Variante explicitamente prevista con carácter singular no Regulamento da asemblea de Murcia no seu artigo 64.8ª d). Así Boletín oficial de la Asamblea Regional de Murcia, nº 180, 25-7-1994.

deputado se negase a cumprir este requirimento a súa actuación poderá dar lugar ás sucesivas chamadas á orde cos efectos que posteriormente apuntarei⁵.

Ademais da cámara poden ser destinatarios das palabras ou conceptos ofensivos, os seus membros e os membros das institucións do Estado e de Galicia ou calquera outra persoa ou entidade. Esta enumeración establece inicialmente a dificultade de delimitar qué institucións do Estado ou da Comunidade Autónoma deben considerarse no ámbito de protección deste artigo, sendo un criterio aceptable o de admitir como tales as citadas no texto da Constitución e do Estatuto de autonomía. Nembargantes, esta polémica perde a súa virtualidade pola existencia da cláusula residual, que refire «calquera outra persoa ou entidade», e déixalle unha ampla discrecionalidade ó presidente para face-las oportunas chamadas á orde que crea convenientes.

O segundo suposto de feito das chamadas á orde ten lugar nos casos de que os oradores nos seus discursos falten ó establecido para a boa marcha das deliberacións. Indirectamente parece que o regulamento nos fala do fenómeno do obstruccionismo parlamentario, que acaba de recibir unha progresiva limitación no dereito comparado como apuntou recentemente para o caso francés Philippe Chrestia⁶. Outros instrumentos parlamentarios (fixación dun tempo máximo nas intervencións, agrupamento das votacións...) en mans dos órganos de goberno da cámara mutilan o filibusterismo da minoría nos escasos supostos que se ten producido no legislativo autonómico.

En terceiro lugar serán chamados á orde os deputados que con interrupcións ou de calquera forma alteraran a orde das sesións (caso que, á miña forma de ver, é unha singularidade dentro da categoría xeral das dificultades para a boa marcha das deliberacións, referida neste suposto ós que non se atopan no uso da palabra), e finalmente establécese o suposto de que o orador unha vez lle fora retirada a palabra pretendera continuar facendo uso dela⁷. Esta última situación deu lugar a un re-

⁵ Na recente reforma regulamentaria en Italia introduciuse un artigo 139 bis do Regulamento da cámara de deputados pola que se lle outorga a potestade ó presidente para non admitir documentos que conteñan este tipo de expresións. Aspecto referido por Beatriz S. Tomás Mallén na *Revista das Cortes Xerais*, nº 48, terceiro cuadrimestre 1999. Páx. 108.

⁶ No seu traballo: «La renovación del Parlamento. Una obra inacabada». *Revista das Cortes Xerais* nº 47, segundo cuadrimestre, 1999. páx. 38.

Xa con anterioridade e para o noso dereito Ignacio Torres Muro chamara a atención sobre o escaso éxito destas conductas no parlamentarismo español. Cfr. «El obstruccionismo, un arma de las minorías». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Curso 1993-1994. Páxinas 365 e ss.

⁷ Juan Andrés Muñoz cita a este respecto a novidade dos regulamentos de Castela-

curso de amparo interposto por un deputado que no seo da comisión de regulamento optou por continua-lo seu discurso a pesar da retirada da palabra por parte do presidente, dando lugar a unha sentenza do Tribunal Constitucional⁸ que anulou a decisión presidencial de expulsa-lo deputado e suspendelo dos seus dereitos, basicamente atendendo a argumentos de falta de proporcionalidade e axuste ó tipo descrito no artigo 108 do regulamento, cando, ó dicir do Alto Tribunal, o artigo que debería aplicarse sería o 106.

O procedemento previsto para instrumenta-las chamadas á orde consta de tres fases nidiamente diferenciadas. En primeiro lugar o deputado ou orador debe ser advertido unha segunda vez das consecuencias dunha terceira chamada á orde. Seguidamente, o presidente retiralle a palabra «se é o caso», expresión esta que, ó meu xuízo, está pensada na situación de que o deputado se atope no uso da palabra. Por último, o presidente poderá impoñerlle a sanción de non asistir ó resto da sesión.

O último dos trámites referidos suscita certos problemas instrumentais, posto que a sanción por parte do presidente pode impoñerse segundo o regulamento «sen debate». O Tribunal Constitucional subliña nesta clase de sancións a necesidade de que se produzan de xeito inmediato⁹, isto é, no seo da mesma sesión parlamentaria e a continuación dos feitos que lle deron causa. A redacción regulamentaria fai descansar exclusivamente esta medida disciplinaria sobre o criterio do presidente que, por imperativos de procedemento, non poderá consultar cos restantes membros da mesa nin abrir quendas para escoita-lo criterio dos distintos portavoces.

A expulsión da sesión parlamentaria por parte do presidente pode non ser respectada por parte do deputado sancionado, neste caso o presidente deberá adopta-las medidas que considere pertinentes para facer efectiva a expulsión. A práctica parlamentaria galega demostra que os presidentes das distintas comisións adoitan suspender estas co obxecto de «arrefria-los ánimos» e aplica-lo regulamento no tocante ás chamadas

-A Mancha e Madrid, nos que se consideran expresamente as denominadas «chamadas ó tempo», consistentes nun requirimento do presidente ó deputado para que conclúa se xa transcorreu o seu tempo. Se non obedece pode retirarlle a palabra. Así no seu traballo: «La disciplina parlamentaria en los parlamentos autonómicos». Anuario Jurídico de La Rioja nº 4. 1998. Páxinas 363 e ss.

⁸ Trátase da Sentencia do Tribunal Constitucional 169/1995, do 20 de novembro (BOE do 28 de decembro), da que pode estudiarse o crítico comentario de F. Santolalla: «Principio de legalidad y disciplina parlamentaria», publicado na *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 16, nº 47. Maio-agosto 1996. Páxinas 293 e ss.

⁹ Esta foi, precisamente, a segunda das causas para aprecia-la admisión do recurso de amparo no caso da STC do 20 de novembro de 1995, citada supra, e que consolida a liña xurisprudencial iniciada coa STC 136/1989 do 19 de xullo.

á orde. Nesta orde de cousas entendo que as medidas de compulsión sobre as persoas que a Presidencia poida tomar deberán instrumentarse a través dos ordenanzas da cámara en virtude do establecido no artigo 18 do Estatuto do persoal do Parlamento de Galicia¹⁰.

Igualmente a Presidencia pode decreta-la prohibición de asistir á seguinte reunión parlamentaria e, se é o caso, a adopción das medidas de suspensión temporal, que serán tomadas polo Pleno da cámara, e correspóndelle exclusivamente ó presidente unha facultade de instalo órgano competente ó respecto, que é a Mesa da cámara, para inicia-lo procedemento.

1.2. As chamadas á cuestión

Estes instrumentos parlamentarios só poden constituír unha limitación no uso da palabra cando do sentido dos discursos sexa evidente que se prexudique a boa marcha dos traballos¹¹, pois noutro caso suporían unha interferencia inxustificable na liberdade de discurso propia do papel constitucional dos parlamentarios, que como sabemos se atopa ademais protexido polas garantías de liberdade de expresión (art. 20.1 CE) e da inviolabilidade parlamentaria (art. 11.3 EAG).

ā Definición

Teñen lugar as chamadas á cuestión cando o deputado estivera fóra da cuestión obxecto do debate por dúas causas diferentes: en primeiro lugar por facer digresións estrañas ó punto de que se trate, aspecto este que necesita para a súa valoración a presenza continuada do presidente no debate, pois noutro caso xera enfrontamentos entre o orador e o membro da mesa que ocupa transitoriamente a Presidencia, que sen seguir completamente o debate, lle fai a chamada á cuestión. Como subliñou Oliván¹², este tipo de decisións presidenciais pode suscitar problemas pois o presidente non é quen de lle dar ordes ó deputado sobre o exercicio do seu cargo, debendo polo tanto limitarse ás estrictas instrucións que sexan necesarias na súa función moderadora.

En segundo lugar, a chamada á cuestión prodúcese cando o deputado

¹⁰ Este precepto establece, entre outras funcións dos subalternos: «... o desempeño das tarefas de vixilancia e custodia no interior das Cámaras (sic)...». Vid. BOPG nº 216, do 10 de febreiro de 1984.

¹¹ Neste sentido maniféstase Cazorla Prieto: *La oratoria parlamentaria cit. supra*, páx. 124.

¹² Así, no seu traballo: «La negativa judicial a considerar a los diputados como trabajadores al servicio del Parlamento» (Nota sobre la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón) publicado na revista *Parlamento y Constitución*, páxina 133.

volve na súa exposición sobre o discutido ou votado. Como pode observarse, este suposto de feito é de máis fácil constatación e non suscita problemas aplicativos tan subliñables como o primeiro citado.

b. Sanción

O presidente poderá retirarlle a palabra ó deputado ou orador ó que lle fixera unha terceira chamada á cuestión nunha mesma intervención. Entendo que se trata dunha terceira chamada á cuestión dentro dunha mesma quenda no debate parlamentario, non sendo posible pois a retirada da palabra se as chamadas á cuestión se producen a un mesmo orador pero en distintas quendas ó longo dun único debate.

2. A orde no recinto parlamentario

2.1. Principio xeral

É o presidente do Parlamento o competente para mante-la orde en tódalas dependencias da cámara. Esta afirmación suscita o problema daquelas dependencias que, atopándose na sede do edificio, están a disposición dos grupos parlamentarios. Ó meu parecer, a redacción parlamentaria é o suficientemente ampla e a actividade grupal está tan intimamente unida ó funcionamento do lexislativo, como para aboa-la interpretación de que tamén o presidente é competente para velar pola orde dentro desas dependencias.

Atribúenselle á Presidencia da cámara todas aquelas medidas que considere pertinentes, incluída a de poñer a disposición xudicial as persoas responsables, coa finalidade de mante-la citada orde. Delimita-las medidas adoptables dun xeito tan xenérico non parece axeitado, é moito máis recomendable unha redacción como a da recente reforma regulamentaria do Parlamento de Cantabria que suprime a presenza da palabra «todas» para cualifica-las medidas adoptables¹³. En todo caso as medidas que poida adopta-la Presidencia deben estar acordes co ordenamento constitucional e a normativa que regula a policía administrativa (fundamentalmente na actualidade a Lei de seguridade cidadá).

Por outra banda o presidente pode poñer a disposición xudicial as persoas responsables, expresión esta que pode entenderse coma unha comunicación directa do presidente da cámara ós órganos xudiciais competentes, pero que precisará normalmente da intervención previa da unidade de policía adscrita á cámara para instrumenta-la necesaria retención governativa previa á presenza do detido ante o xuíz.

¹³ Así o artigo 101 do Regulamento do Parlamento de Cantabria, publicado no BOE n° 106 do 4 de maio de 1999. Páxina 16308 e ss.

2.2. Ámbito do poder disciplinario

Cano Bueso cataloga o poder do goberno interior que exerce o presidente do Parlamento como alleo ó principio de xerarquía que rexe na relación interorgánica, de tal xeito que ten uns límites moito máis marcados cós de calquera superior xerárquico na armazón administrativa¹⁴.

Calquera persoa dentro do recinto parlamentario, no seo dunha sesión ou fóra dela pode promover unha desorde grave. Neste caso o regulamento prevé que tal desorde poida producirse de obra ou de palabra, dispoñendo que o presidente expulsará inmediatamente o causante. O suxeito pode ser un deputado ou outra persoa, no primeiro caso o presidente poderá suspendelo de xeito inmediato dos seus dereitos parlamentarios por un prazo máximo dun mes. Igualmente a Mesa da cámara poderá propoñerlle ó Pleno a ampliación ou agravación da sanción decretada polo presidente.

2.3. Poderes de policía nas sesións

a. A orde nas tribunas

Xa no seu momento J. Bentham subliñara a importancia da boa disposición das tribunas para os espectadores nos parlamentos¹⁵, e nesta liña o regulamento parlamentario ocúpase de dispoñer que o presidente da cámara deberá velar nas sesións públicas polo mantemento da orde nas tribunas. Na práctica as decisións do presidente nesta materia instrumentáanse a través da actuación dos ordenanzas da cámara, que serán os encargados de controla-lo acceso ás tribunas do Pleno da cámara e se é o caso repara-las desordes que se produzan.

Distinto problema se cuestiona no seo das comisións parlamentarias, ás que por imperativo regulamentario non poden acudi-los cidadáns en xeral, e só están autorizados os medios de comunicación ou os asesores dos grupos parlamentarios e do Executivo debidamente acreditados. Penso que os presidentes das comisións están habilitados tamén para mante-la orde neses escanos reservados ós medios de comunicación e asesores podendo adoptar ó respecto as mesmas medidas que o presidente do Parlamento pode tomar no Pleno da cámara.

¹⁴ Así Juan Cano Bueso no seu traballo «Funciones y potestades de la Mesa y de la Junta de Portavoces en el Derecho Parlamentario de las Comunidades Autónomas», en *Parlamento y Derecho*, Vitoria, 1991, páx. 239.

¹⁵ Na súa obra *Tácticas Parlamentarias*, pode consultarse na edición do Congreso dos Deputados na súa serie de Textos Parlamentarios Clásicos, preparada por Benigno Pendás. Madrid, 1991 páx. 290.

b. *Conductas punibles*

Tres son fundamentalmente as actividades que se atopan prohibidas. En primeiro lugar non se permite dar mostras de aprobación ou desaprobación por parte do público. Estas actuacións que tampouco están permitidas para os deputados adoitan producirse a miúdo tal vez pola falta de información dos visitantes da cámara, e en ocasións, polo efecto de simpatía producido polas aclamacións feitas por algúns deputados ás intervencións doutros membros dos seus grupos.

Igualmente aqueles que perturben a orde ou falten á debida compostura poderán ser sancionados. Solé Tura e Aparicio critican a descrición excesivamente xenérica dos deberes dos parlamentarios, que neste caso darían lugar a unha ampla marxe de apreciación polo presidente, con importantes doses de subxectivismo para entende-lo que é «a debida compostura» que deba manterse¹⁶.

c. *Medidas adoptables*

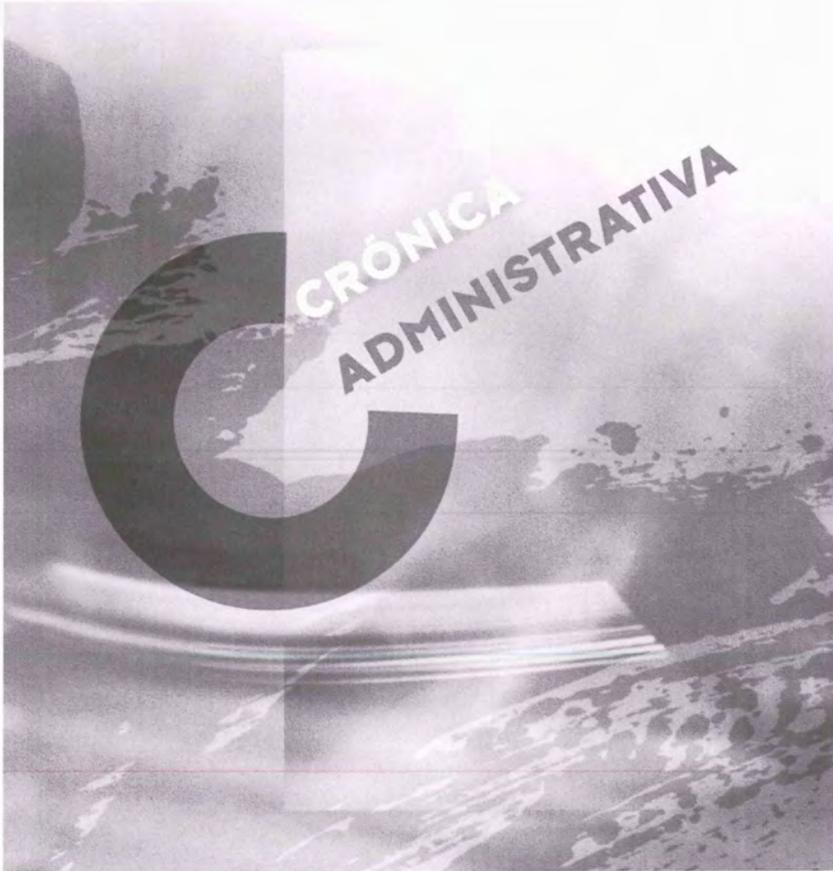
Poden ser de dous tipos. En primeiro lugar o presidente pode acordar a expulsión inmediata do pazo do Parlamento daquelas persoas que desenvolveran as conductas indicadas. Como pode observarse estes suxeitos serán expulsados non só da sala na que teña lugar a reunión parlamentaria, senón tamén do pazo no que ten a súa sede a cámara.

Por outra banda o presidente pode ordenar que os servicios de seguridade levanten as oportunas dilixencias por se os actos producidos puidesen ser constitutivos de delicto ou falta. Neste sentido serán de grande utilidade como proba documental o contido das actas e diarios de sesións e tamén as gravacións vídeo-sonoras das sesións nas que se produzan as citadas incidencias.

A experiencia parlamentaria galega coñece desordes desta clase producidas tanto por persoas que asisten ás sesións plenarias na calidade de invitados dos distintos grupos parlamentarios e que se atopan fortemente sensibilizados cos problemas obxecto do debate, coma con persoas que acceden ó salón de sesións en virtude de procedementos parlamentarios especiais, como é o caso da iniciativa legislativa popular¹⁷.

¹⁶ Idea recollida da súa obra *Las Cortes Generales en el sistema constitucional* publicada na serie Temas Clave da Constitución Española, Ed. Tecnos, páx. 75.

¹⁷ Vid. a Lei 1/1988, do 19 de xaneiro, de iniciativa popular ante o Parlamento de Galicia.



XORNADA SOBRE CODIFICACIÓN E CALIDADE DAS NORMAS

(EGAP, Santiago de Compostela, 20 de decembro de 1999)

Ana María Giráldez Riveiro

Bolseira da EGAP

No salón de actos da Escola Galega de Administración Pública tivo lugar, o día 20 de decembro de 1999, unha Xornada de Estudio sobre a Codificación e a Calidade das Normas. O obxectivo desta centrouse no estudo e debate das cuestións máis importantes que se presentan en materia de codificación e calidade das normas en Galicia e nos países do noso contorno cultural. A dita xornada de estudio estivo dedicada fundamentalmente a letrados e asesores xurídicos. Con ela pretendese establecérlle-los elementos de criterio e de reflexión ós redactores de proxectos normativos, en particular da Administración pública galega, e contribuír así a unha mellora da calidade das normas da nosa Comunidade Autónoma, de forma que sexan alcanzables para os operadores xurídicos e, en definitiva, para os cidadáns.

■ Luns, 20 de decembro de 1999

Inauguración da xornada a cargo de Domingo Bello Janeiro, director da EGAP, baixo a presidencia de Xaime Pita, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia

As primeiras palabras correspondéronlle ó conselleiro de Presidencia e Administración Pública, Xaime Pita, quen subliñou o feito de que a calidade das normas sexa unha cuestión de crecente interese tanto para a

doutrina científica coma para os poderes públicos. Ámbolos dous son conscientes das indubidables vantaxes que proporciona unha boa calidade técnica para a efectiva realización do principio de seguridade xurídica proclamado no artigo 9.3¹ da Constitución española. As normas deben reunir uns requisitos mínimos de claridade e estrutura formal e deben axustarse ás circunstancias da realidade sobre a que actúan, integrándose harmonicamente no conxunto do ordenamento xa existente. Dende esta perspectiva, non pode deixar de constatarase a crecente complexidade do ordenamento legal motivado pola proliferación de normas xurídicas, fenómeno que se coñece como *inflación lexislativa* e que se manifesta non só no número de disposicións publicadas nos diarios oficiais senón tamén polo ritmo crecente de revisión dos textos. Esta inflación normativa é especialmente visible no ámbito do dereito administrativo onde o gran número de disposicións que se dictan e a súa gran mutabilidade produce un constante cambio das normas regulamentarias. Fronte a esta situación, a codificación sistemática da lexislación vixente nun estado ou comunidade autónoma nunha determinada materia e a súa integración nun texto normativo único preséntase como unha das mellores garantías dos dereitos dos cidadáns. Trátase dunha codificación distinta da codificación decimonónica, non é reformadora senón unha codificación de dereito constante que ante a proliferación lexislativa pretende atinxir unha nova ordenación sistemática que faga viable a seguridade xurídica. Neste sentido, a Xunta de Galicia vén desenvolvendo un amplo programa de simplificación e refundición da normativa legal como un dos obxectivos básicos da reforma administrativa. Como primeiros froitos desta tarefa, en 1994 publicáronse os decretos que refundían a normativa de carácter regulamentario en materia de pesca. Na actualidade o proceso revitalizouse coa publicación, o día 14 de decembro deste ano, do decreto que refunde a normativa existente en materia de muller, ó mesmo tempo están pendentes de aprobación polo Consello da Xunta, as refundicións das normativas existentes en materia de familia e protección da infancia, xuventude, protección civil, coordinación de policía locais, patrimonio cultural e turístico. Ademais destas actuacións, seguiránlle outras ata acada-la revisión da normativa regulamentaria en tódalas materias que son competencia da Comunidade Autónoma.

Finalmente como conselleiro da Presidencia reiterou o compromiso do actual goberno cos obxectivos deste proceso na procura dunha normativa de calidade que sirva entre outras cousas para facilitarlles ós ci-

¹ Segundo este artigo, a Constitución garante o principio de legalidade, a xerarquía normativa, a publicidade das normas, a irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restrictivas de dereitos individuais, a *seguridade xurídica*, a responsabilidade e a interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos.

dadáns o seu coñecemento e axeitado cumprimento e evitarlles conflitos e litixios innecesarios.

Pola súa parte, o director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, agradeceu-lle á Asesoría Xurídica Xeral da Consellería da Presidencia a súa colaboración na organización desta xornada. Asesoría xurídica coa que a EGAP vén colaborando dende os primeiros días no seu labor de reforma administrativa ó servizo do cidadán e que ten como obxectivo o da codificación e calidade das normas. Así mesmo manifestou o seu desexo de que este intercambio de ideas e experiencias sexa fructífero e contribúa dalgún xeito á mellora da calidade das normas da nosa Comunidade Autónoma.

*Intervención de Luís Díez-Picazo y Ponce de León, catedrático de dereito civil e vocal permanente da Comisión Xeral de Codificación:
«A codificación en España»*

Antes de entrar en materia o profesor Díez-Picazo expuxo un interesante preámbulo sobre a historia da codificación. Dende época moi temperá a palabra *código* e non *códice* pasou a designa-los corpos de leis e así fálase do *Código Teodosiano*, do *Código Xustiniano* entre outros. Sen embargo, convén non confundirse con codificación que, ó seu modo de entender, ten un significado completamente distinto. A codificación é un momento histórico herdeiro directo e lexítimo do racionalismo filosófico e do racionalismo xurídico que chega ata a Revolución Francesa.

A partir de 1804 o fenómeno da codificación expándese pola maior parte de Europa e por unha gran parte da América de fala española, portuguesa e incluso francesa. Tan só algunhas zonas quedan exentas, particularmente todas aquelas dominadas polo chamado dereito anglosaxón. Neste punto manifestou a súa incredulidade en que as diferencias entre o chamado dereito anglosaxón e o dereito europeo continental fosen insalvables. De feito, a partir dos anos trinta existiu unha polémica no Reino Unido a propósito das vantaxes da codificación e todo parece indicar que non ter un dereito codificado é máis unha cuestión de manter un feito diferencial fronte ós europeos continentais ca outra cousa.

Tras este preámbulo o relator apuntou que os códigos foron sempre corpos de leis que posuían e aínda posúen unhas características peculiares. Na súa opinión os códigos merecedores de tal nome tratan de cumprir algúns e moi concretos ideais que pola súa importancia convén ter en conta:

1. Unha simplificación e unha redución do material normativo. A simplificación do material normativo realizado en fórmulas concisas facilitaba indiscutiblemente o manexo do dito material. A concisión parécelle unha característica notable da codificación que se mantén ata o momento actual.

2. Ese feito de simplificar e de facilita-lo manexo do material constituían un cambio de sentido da pedagogía xurídica.

3. Facilita-lo coñecemento e acceder á información normativa debía permití-la alcanzabilidade do ordenamento xurídico á totalidade dos cidadáns coa finalidade de que puidera ser cumprida, sen especiais dificultades, unha vella regra nunca ben explicada segundo a cal «a ignorancia das leis non exime do seu cumprimento».

4. A estabilidade e o progreso. Os códigos pretenden ser regulacións estables, chamadas a durar e a perdurar.

5. Outra característica, polo menos da codificación civil, é o posto central que o código ocupa. Co paso do tempo pérdese este posto central e o corpus iuris que ocupa ese posto é a Constitución sobre todo despois dos movementos constitucionalistas. Así pois os códigos están expostos á degradación que significa a súa perda do posto central entregado á Constitución, á presión das leis especiais e á presión dun dereito con pretensións supranacionais que aínda está en bosquejo pero que todo indica que o futuro lle pertencerá². A finais do século XX, os códigos gozan de boa saúde en materia civil, de feito que un bo número de códigos produciron a recodificación.

Con referencia á codificación española, esta sufriu períodos de recodificación, sobre todo en materia penal mentres que os mercantilistas non deron neste punto un bo exemplo, só o Código civil se mantén con algún decoro na súa opinión.

Respecto ó tema da técnica lexislativa, dende a súa perspectiva, na codificación non había unha técnica específica, pero esa técnica que os codificadores abordaron foille seguramente trasladada ó resto da lexislación de xeito que case toda a lexislación se produce da mesma forma cá lexislación que resulte codificada. Pódese dicir que existe unha absorción do que era a técnica estricta da codificación polo resto das leis.

A modo de conclusión esquematizou o que hai de específico na técnica da codificación nos seguintes puntos:

! Brevidade e concisión da mensaxe como unha valiosa heranza da codificación.

! Necesaria univocidade da linguaxe estritamente xurídica que se utiliza nas leis. É preciso e prudente que as mesmas palabras teñan os mesmos significados. As palabras xurídicas deberían te-lo significado xeralmente aceptado na comunidade dos xuristas e se o lexislador quere aplicar un significado novo deberá indicalo.

² Un exemplo que apuntou o relator é o *European Law of Contract* preparado por un grupo de traballo que conta co financiamento da Unión Europea e que segue as técnicas da codificación o que supón a destrución dos códigos nacionais que coñecemos hoxe.

Como derradeira idea no que se refire á técnica legislativa apuntou que ningunha norma legal está destinada a permanecer illada no mundo e todas se entrelazan nun conxunto que dende hai tempo se denomina ordenamento xurídico. Todas están chamadas a interrelacionarse, a que existan entre elas conexións, que ás veces resultan sutís, pero que os autores dos textos deben coñecer coidadosamente.

*Intervención de Nicolas Bonnal, maxistrado do Tribunal de Primeira Instancia de Dereito Común do Ordenamento Xudicial de París:
«A codificación en Francia»*

En representación do vicepresidente da Comisión Superior de Codificación, o Sr. Nicolas Bonnal foi o encargado de amosa-lo proceso de codificación en Francia. Comezou a súa exposición facendo unha imprescindible distinción entre a codificación reformadora e a codificación con dereito constante. Por codificación reformadora enténdese a modificación de xeito radical do dereito positivo mentres que a codificación chamada en Francia con dereito constante é a recompilación de textos xa existentes nun sector do dereito pero sen modificalos. En Francia coexisten estes dous tipos de codificación ata tal punto que se pode falar de codificación ó estilo francés.

A codificación reformadora coñeceu ultimamente importantes exemplos como o novo Código do proceso civil e o Código penal, paralelamente desenvolveuse moito a codificación con dereito constante³ ata o punto de ter como obxectivo unha codificación global do dereito.

Respecto ás vantaxes e desvantaxes destes dous sistemas, o relator non quixo facer unha comparación ou confrontación lineal, simplemente subliñou as vantaxes comúns de ámbolos dous métodos: a claridade, a coherencia, a accesibilidade e a seguridade.

Actualmente no debate público francés a codificación coñécese como un remedio para os defectos da calidade das normas. Esta codificación intervéñ nun contexto de inflación do dereito que se caracteriza por unha proliferación dos textos das normas, polo menos en Francia. Polo tanto pódese atopar moitas explicacións a este fenómeno, por un lado a crecente complexidade no ámbito xurídico que alcanza novos campos de intervención e polo outro unha vontade política que sempre está presente para resolver tódolos problemas mediante a regulamentación.

³ Algúns exemplos recentes son o Código xeral das corporacións locais que recuperou, ordenándoos, tódolos textos sobre a Administración das coporacións locais en Francia e o Código de consumo que entre 1993 e 1997 tamén recompilou e ordenou tódolos textos que tocaban o tema do consumo en Francia.

Fronte a estes problemas a codificación amósase coma unha ferramenta útil que pretende clarificar e facer coherentes os textos mediante a unión destes nun plano ordenado e lóxico o cal permite alcanza-los obxectivos de seguridade xurídica e de accesibilidade ó dereito. Este acceso ó dereito para tódalas persoas é un dos principais obxectivos e desafíos das actuais sociedades democráticas cada vez máis xudicializadas.

Outro aspecto que hai que considerar é que a codificación con dereito constante non é en si mesma un obxectivo senón unha etapa posto que unir e ordena-los textos é a etapa indispensable para unha reforma eficaz e clara. En Francia, desde a Segunda Guerra Mundial, existe un proceso organizado e estruturado no que respecta á codificación con dereito constante. A dita codificación estase a converter nos últimos anos na codificación predominante, por este motivo o relator remítese sobre todo á codificación con dereito constante examinando tódolos retos e intentando obter un primeiro balance.

Nun primeiro momento e na medida en que este traballo de codificación non modificaba o fondo do dereito utilizábase a codificación por decreto, sen embargo, os inconvenientes dun sistema coma este eran evidentes. Os decretos non poden abroga-las leis que codifican e polo tanto estas leis seguen existindo de forma paralela ó código. En 1989 decidiuse abandonar este sistema e créase a nova Comisión Superior de Codificación. Na orixe do novo sistema está a regra de paralelismo de competencias: o poder de codificar volve a aquel que ten o poder de promulga-la norma. Puntualízase unha metodoloxía moi precisa da que é garante a Comisión Superior de Codificación. En función deste principio, un programa xeral adoptado en 1995 fixa un obxectivo ambicioso, o da codificación do conxunto do dereito. Prevense máis de 25 códigos o que supón unha coordinación centralizada deste traballo e a afirmación de que a codificación é un asunto de todo o goberno. Dende 1989 a Comisión Superior de Codificación está presidida polo primeiro ministro, esta comisión non pode redactar por si mesma os proxectos de códigos, senón que ten como misión impulsar, coordinar e controla-lo traballo doutros axentes. Hai que destacar aquí a decisión que provén do conxunto do goberno como garante de todo o proceso. A Comisión Superior de Codificación intervéñ dende o principio do proceso, é dicir, segue e apoia o traballo de preparación dun código no seo do ministerio sobre todo actuando como reporteiro particular e asistindo ó traballo do ministerio baixo unha técnica de codificación. Polo tanto dende un primeiro momento o traballo de codificación faise coa axuda e control da Comisión Superior de Codificación. Esta comisión vai examinar atentamente o proxecto de código a partir do momento en que sexa elaborado polo ministerio. Trátase dun exame que permite asegura-la coherencia global do traballo de codificación e noutras ocasións a Comisión Supe-

rior de Codificación devólvelle o proxecto de código ó ministerio con correccións ás veces formais ou suxestións de modificación de plano, de forma que os obxectivos xerais da codificación, a claridade e a accesibilidade ó dereito, sexan alcanzados.

A Comisión Superior de Codificación ten como tarefas a de estar presente en todas estas etapas e a de reunir no seu seo os representantes dos diferentes autores que participan no proceso lexislativo. Está presidida por un membro do Consello de Estado e componse de membros do Consello de Estado, do Tribunal de Contas, do Tribunal Supremo, un senador e un deputado que veñen asegura-lo lazo de unión entre a comisión e o traballo lexislativo, reagrupa tamén a membros das distintas administracións interesadas en particular no traballo lexislativo e sobre todo a membros do Ministerio de Xustiza, reagrupa igualmente a membros da administración do primeiro ministro, o que se chama en Francia a Secretaría Xeral do Goberno que ten un papel central e motor na preparación e adopción dos textos.

Polo tanto é un traballo de animación, de impulso e de control aínda que tamén xoga un importante papel para fixa-la metodoloxía da elaboración dos códigos ó poñer directivas xerais⁴, é dicir, a comisión non se contenta con elaborar pouco a pouco a xurisprudencia para examina-los códigos uns tralos outros senón que tamén contribúe á redacción de documentos xerais que son guías de uso dos codificadores.⁵

Poderíase dicir que se creou un verdadeiro cordón doutrinal que garante a coherencia do traballo de codificación. Pero a codificación con dereito constante non se trata dun traballo con retos simplemente metodolóxicos, o método é importante pero hai que ser conscientes dos desafíos reais deste traballo. En primeiro lugar as grandes eleccións iniciais son moi importantes e están ligadas ó perímetro do código. A modo de exemplo citou o proxecto no que se está a traballar en Francia, proxecto moi amplo que consiste na creación dun conxunto formado por un código mercantil dun lado e un código monetario e financeiro doutro. O Código mercantil era uns dos códigos iniciais da época napoleónica, sen embargo o dereito mercantil en Francia descodificouse de forma moi ampla e isto tivo problemas exteriores a este código, por outra parte a noción de comercio hoxe en día non amosaba toda a realidade do ámbito do dereito económico por iso decidiuse hai uns dez anos recodifica-

⁴ Citou o decreto de 1999 que reorganizou e relanzou o traballo de codificación en Francia.

⁵ Como exemplo, no seu último informe anual publicou notas e documentos importantes sobre cuestións xurídicas ligadas á abrogación dos textos codificados, a abrogación das leis iniciais transferidas ó código e tamén outro documento importante sobre as regras especiais de aplicación dos códigos de ultramar.

lo Código mercantil e paralelamente crear un código monetario e financeiro. Polo tanto a repartición de traballo parecía moi clara, por unha parte co Código mercantil, a empresa, o seu nacemento e morte e as súas relacións comerciais a través de empresas. Por outra parte, a moeda, o banco e os diferentes instrumentos financeiros. Sen embargo percíbese de seguido que a liña de separación é moi complicada de trazar. Outro exemplo é a preparación dun código de medio natural en Francia a principios dos anos noventa. Neste caso un dos principais problemas considerados consistía en saber se había que incluír todo o que implicaba a seguridade das instalacións nucleares nun país no que a porcentaxe da enerxía nuclear é moi importante. Tamén citou os debates recentes que se suscitaron en Francia por mor dos traballos de reforma dun antigo código de axuda social e de familia. Tratábase dunha reforma no ámbito dunha codificación con dereito constante, e que levará o nome de código de acción social. Nótase xa o significado do termo «axuda social» e o cambio respecto ó termo «acción social», sen embargo houbo moitas preguntas sobre o que ocorreu coa familia polo que houbo que explicar que o Código de axuda social e familia non era en realidade un código de familia e que o verdadeiro código de familia en Francia é o Código civil. O plano dun código obriga polo tanto a realizar eleccións moi importantes, eleccións técnicas e de claridade e de accesibilidade ós regulamentos pero tamén pode tratarse de eleccións simbólicas como por exemplo o título do código. Hai que ter moito coidado con non modifica-lo campo de aplicación das leis que se introducen nun código, a codificación incluso con dereito constante é un traballo difícil e delicado.

O relator quixo destacar da súa intervención esa noción de dereito constante e sobre todo as excepcións e condicionamentos que reciben os distintos tipos de codificación francesa. En 1999 adoptouse a regra de paralelismo de competencias e concretouse un traballo de codificación máis ambicioso levando a cabo o que anteriormente sería imprudente. Trátase, en definitiva, de aproveitarse do traballo da codificación con dereito constante para reduci-las incoherencias máis graves, os defectos máis evidentes dos textos codificados e introducir nos códigos un respecto estrito da xerarquía das normas.

Recordou a dificultade de facer que o Parlamento vote novamente antigas disposicións constitucionais ou que xa non teñen en conta unha certa cantidade de regras superiores á lei derivadas do dereito europeo, ben da U.E ou ben da Convención Europea dos Dereitos Humanos. Estas disposicións xa se interpretaran polos xuíces como normas que tiñan que incorporar e ter en conta estas regras constitucionais internacionais. Dende o momento en que se pretendía facer votar ó Parlamento estes textos había que poñelos en conformidade coas normas superiores. Este traballo era moi importante e extremadamente útil.

Outra noción utilizada actualmente polos codificadores en Francia para enriquecer este traballo de codificación é o de «harmonización do dereito». Este é un termo vago e xeral no que poden incluírse moitas situacións distintas, trátase de abrogar textos que xa non son aplicados e que poderían ser retirados do ordenamento xurídico ó caer en desuso. Trataríase de estender a unha institución máis recente regras moi coñecidas e utilizadas por institucións máis antigas e sólidas. Como exemplo citou o Código xeral das corporacións locais que é unha gran realización da Comisión Superior de Codificación. Na súa opinión, estes exemplos mostran que o traballo de codificación chamado de dereito constante é un traballo moito máis ambicioso do que parece, como o proban as dificultades coas que se atopa fronte ó Parlamento que ten unha gran cantidade de códigos e que non é capaz de votalos, ata o punto de que recentemente ante nove códigos preparados en aspectos moi importantes, o Parlamento autorizou o goberno para que os fíxese entrar na orde xudicial a través das ordenacións que lle permite ó Parlamento rectificalo posteriormente.

A modo de balance destes últimos dez anos de codificación de dereito constante en Francia, resaltou a unión directa co traballo de codificación que se vén realizando na Unión Europea dende hai tempo. Estas normas comunitarias non están retomadas no Código francés posto que parece máis lóxico codificar aquilo do que teñámo-lo manexo directo, é dicir, das leis francesas. Sen embargo, o traballo de codificación realizado no ámbito comunitario fai que sexan máis as ganas de seguir traballando no caso francés e na súa opinión chegará a completalo e permitirá unha maior accesibilidade do dereito que é, en definitiva, no que consiste esta codificación.

Como conclusión destacou que a codificación xa entrou nos costumes, na mentalidade e nas esperanzas dos usuarios do dereito.

*Intervención de Javier Suárez García, director xeral-xefe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia e avogado do Estado.
«A codificación en Galicia»*

Antes de comeza-la súa exposición o relator puntualizou que ó falar de refundición normativa estase a referir á codificación, polo que ámbolos dous conceptos son pois sinónimos. Desde esta perspectiva por refundición normativa enténdese a ordenación sistemática da lexislación existente nun estado ou comunidade autónoma e a súa integración nun texto normativo único. A tarefa codificadora é unha constante durante todo o século pasado e culminou en tódolos países do noso contorno cultural de forma razoablemente exitosa.

Esta necesidade de codificar e refundir textos normativos ten unha especial incidencia en relación co dereito administrativo. O dereito admi-

nistrativo estase a converter no sector do ordenamento máis relevante, polo menos desde unha perspectiva cuantitativa.

A primeira e máis elemental tarefa que ten que tratar de acometer un xurista para resolver un problema, como é o da determinación da norma aplicable, pode supoñer un traballo de varias horas. Esta situación é a que se tratou de paliar mediante a codificación e refundición do dereito administrativo. Para o relator, dun proceso de refundición normativa, pódese espera-lo seguinte:

- | Sistematizar e ordenar por materias os textos legais de xeito que sexa máis sinxela a súa consulta e aplicación.
- | Determinar con claridade o dereito vixente.
- | Simplificar e darlle maior coherencia ó ordenamento xurídico. Isto supón derogar normas innecesarias e reconducir a principios xerais e institucións comúns a pluralidade de obxectos e regulacións da normativa administrativa.
- | Mellora-las normas tecnicamente, e evita-las antinomías e incoherencias.

Como advertencia que non se debe esquecer está a complexidade do dereito administrativo. Tanto as enormes armazóns burocráticas en que se converteron as modernas administracións, coma a realidade social sobre a que operan, prefiguran un cadro dunha enorme complexidade.

Nestas circunstancias a pretensión de sentar de forma completa todo o marco xurídico das administracións públicas nun sinxelo código é ilusoria. O anterior non impide, subliña o relator, que a propia complexidade do escenario e obrigue a facer un importante esforzo de racionalización.

A continuación fixo referencia á codificación do dereito administrativo en Galicia, ós seus métodos, ás estratexias e á situación actual. A refundición do dereito autonómico presupón unha tarefa que se pode sistematizar nas seguintes fases:

1^a. Establecemento de bloques ou áreas de materias que poden coincidir ou non coa estrutura orgánica básica da Administración autonómica.

2^a. Recompilación de todo o dereito aplicable sobre unha materia determinada.

3^a. Elaboración de táboas de vixencias, de tal xeito que se determine con claridade o dereito que está en vigor e o que resultou derogado pola aprobación de disposicións posteriores.

4^a. Apreciación de lagoas normativas.

5^a. Refundición e harmonización do dereito aplicable.

6^a. Elaboración dos proxectos de disposicións refundidas e aprobación destas.

As catro primeiras implican un traballo de recompilación e estudo da normativa recompilada mentres que as últimas comprenden unha ta-

refa de natureza estritamente normativa e para culminala é imprescindible implica-los órganos e as institucións que interviñeron no proceso de elaboración dos textos normativos correspondentes.

A continuación explicou a historia do proxecto de codificación ou refundición normativa na Comunidade Autónoma de Galicia. A idea xorde en 1990, a través do Decreto 186/1990, do 1 de marzo de 1990, créase na Consellería da Presidencia e Administración Pública unha comisión de racionalización administrativa e revisión da normativa legal. Constitúese un equipo de apoio técnico baixo a responsabilidade e a dirección da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia e en concreto do Gabinete de Asesoramento e Apoio á Actualización Normativa.

O traballo iniciouse coa recompilación de todo o ordenamento xurídico da Comunidade Autónoma de Galicia, para os efectos da determinación das correspondentes táboas de vixencias e da súa adecuada sistematización⁶. En 1999 ultimouse esta fase do traballo en tódolos sectores materiais, que se estableceron e distribuíron atendendo á estrutura das distintas consellerías da Xunta de Galicia. Como froito diso, elaboráronse uns cadernos nos que se contén, ordenada por materias, unha relación das distintas normas, un cadro da normativa estatal e autonómica, na que tamén se indicaban as disposicións que resultaron derogadas e, finalmente, unha proposta de refundición dos distintos textos legais.

A seguinte fase, a elaboración dos textos normativos refundidos, impulsárona os órganos con competencias para tramitar os proxectos regulamentarios de cada consellería da Xunta de Galicia. Para culminar este traballo, considerouse imprescindible contar cos medios persoais e materiais suficientes polo que se estimou conveniente solicita-la colaboración dun grupo de bolseiros e dota-los órganos encargados de levar adiante a refundición normativa dos medios informáticos suficientes.

A programación do traballo estase realizando baixo as seguintes pautas:

a) Formouse un grupo de traballo composto por letrados da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, un membro dos servizos técnico-xurídicos das distintas consellerías e os bolseiros. O grupo organizouse por sectores de materias que coinciden coa estrutura orgánica dos distintos departamentos ou consellerías da Xunta de Galicia.

b) Actualización do traballo recompilatorio que se efectuou ata o ano 1996, coa confección de fichas individuais por cada unha das normas dictadas nos últimos tres anos, nas que consta a data de aprobación e pu-

⁶ Apuntou o relator que a estas alturas xa se observou a posibilidade de refundir de forma completa un decreto dalgún sector material e así sucedeu coa pesca marítima a través dos decretos 419 a 429/1994 que refunden a normativa, de carácter regulamentario e con rango de decreto dictada na Comunidade Autónoma sobre esta materia.

blicación, a materia sobre a que versa e a súa posible interrelación con outros textos legais.

c) A información relativa a tódalas normas recompiladas debe introducirse nos ficheiros informáticos para o seu máis fácil manexo.

d) Unha vez recompilada toda a normativa pescúdanse qué normas están vixentes e cáles foron derogadas por disposicións posteriores.

e) A partir de aquí iníciase o estudo substantivo da materia e estúdanse as posibles lagoas normativas e as posibilidades de harmonización e simplificación dos textos legais.

f) Finalmente se confeccionan os borradores de textos de disposicións refundidas e se lles remiten, xunto coa memoria explicativa, ás distintas consellerías para que se proceda á súa tramitación e ulterior aprobación como texto normativo por parte do órgano competente.

Finalmente o relator sinalou a evidencia de que contar con dereito refundido da Comunidade Autónoma obriga a adoptar medidas institucionais que aínda non foron completamente perfiladas para manter actualizado o traballo e para analizar dende a perspectiva da súa técnica normativa as disposicións que se dicten no futuro.

■ Obradoiro sobre codificación e calidade das normas ⁷

Moderador: José Abelardo Blanco Serrano, xefe do Gabinete de Asesoramento e Apoio á Actualización Normativa da Xunta de Galicia

Participantes: Isidoro Ruíz Girón, subdirector de Informes do Ministerio para as Administracións Públicas, Ion Gurutz Echave Aranzábal, director de Desenvolvemento Lexislativo e Control Normativo do Goberno Vasco e D. José Luis da Torre Nieto, conselleiro do Consello Consultivo de Galicia e avogado do Estado

Neste obradoiro de codificación tódolos participantes expuxeron as súas experiencias neste eido e reflexionaron sobre o fenómeno da técnica xurídica. A complitude, a capilaridade e o criterio foron os trazos apuntados que deben caracteriza-la norma xurídica:

l *Complitude* no sentido de exhaustividade: haberá que dota-la norma de maior amplitude para que sexa máis esgotadora e pretender, xa que logo, abarcar tódalas manifestacións da realidade para así regularlas. En principio, nada debe quedar fóra do seu alcance, todo debe atopar resposta nela.

⁷ Obradoiro reservado exclusivamente a letrados e asesores xurídicos.

| *Capilaridade*: debería facerse na propia norma unha reflexión documentada do debate autonómico que a motivou, cunha relación detallada dos seus antecedentes.

| *Criterio*: ten que existir controversia, unha crítica ás ideas achegadas e das controversias suscitadas para ver cáles teñen que incorporarse. Deste xeito a información pública enténdese cos sectores realmente involucrados e evítase que normas de rango inferior recollan o contido doutras de rango superior.

Estes foron, a grandes trazos, algúns dos puntos estudiados durante o obradoiro de codificación que espertou especial interese entre os letrados e asesores xurídicos asistentes os cales participaron activamente nas discusións arredor do tema. 

XORNADAS SOBRE A LEI 53/99, DO 28 DE DECEMBRO, DE MODIFICACIÓN DA LEI DE CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS

(EGAP, Santiago de Compostela, 10 e 11 de febreiro de 2000)

María Victoria Candamo Paris

Bolseira da EGAP

A contratación administrativa é un tema transcendental, non só polas implicacións económicas que ten en canto ó volume de negocio que xera, senón tamén pola variedade e complexidade dos diferentes mecanismos de control, calidade e garantías que converte este tipo de relacións nun campo repleto de obstáculos. A Administración realiza a actuación contractual coa finalidade de acadar a satisfacción dos intereses xerais. Este carácter instrumental do contrato administrativo comporta a utilización pola Administración de bens públicos, o que esixe o seu sometemento a rigorosos controis de obxectividade e concorrència. Todo isto xustifica a necesidade de contar cun réxime xurídico adecuado que harmonice as prerrogativas que ten a Administración para asegurar a eficaz consecución dos intereses xerais co ineludible control das ditas potestades e que asegure a obxectividade no seu exercicio.

A Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, naceu coa intención de satisfacer a dita necesidade e de adaptalo réxime contractual existente naquel momento ó marco constitucional. O *iter* legislativo desta norma estivo presidido pola urxencia de adoptar medidas que permitisen un control estrito na contratación pública e de lle transpoñer ó noso ordenamento varias directivas comunitarias. Esta

celeridade imposibilitou o necesario estudio detido da iniciativa lexislativa e a necesaria participación dos axentes involucrados. Probablemente por isto a LCAP sufriu numerosas modificacións na súa curta pero axitada vida. Neste proceso de reformas hai que resalta-la Lei 66/1997, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, que, na súa disposición transitoria décimo oitava, obrigaba o Goberno a remitirlle ó Congreso dos Deputados un proxecto de lei de reforma da LCAP.

Recentemente, en cumprimento do dito mandato legal, modificouse a Lei de contratos das administracións públicas, mediante a Lei 53/1999, do 28 de decembro. A reforma levada a cabo pode cualificarse de ampla e profunda, pois supuxo a alteración da redacción de máis da metade dos artigos de que consta a LCAP, algúns deles profundamente afectados. Así, atopámonos ante un verdadeiro novo réxime da contratación pública, que entrou en vigor o 23 de marzo de 2000.

A Escola Galega de Administración Pública organizou unhas xornadas co obxectivo de aclarar-las aspectos máis importantes da reforma producida, que viña mellorar, segundo a intención do lexislador, os procedementos de contratación establecidos na primitiva lei, a que, malia non estar lonxe a súa promulgación, precisaba dunha posta ó día co fin de paliar-las problemas que xeraba a súa aplicación. Oitocentas oitenta persoas acudiron ás xornadas, que foron brillantemente dirixidas por **Francisco Alegría Martínez de Pinillos**, director da *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*.

Durante as xornadas foron obxecto de estudio tanto as novidades producidas coma a relación existente entre o anteriormente lexislado e as actuais modificacións, coa finalidade de dar-las cumprida resposta ás dúbidas que a aplicación desta nova normativa de contratación administrativa puidera producir en todos aqueles que están inmersos no seu ámbito de acción. As xornadas desenvolvéronse nun ambiente de intensa participación dos numerosos asistentes.

* * *

O director da escola, **Domingo Bello Janeiro**, inaugurou as xornadas e recordou, a grandes trazos, as liñas mestras da reforma operada pola Lei 53/99. Sinalou que, a pesar do seu relativo escaso tempo de vixencia, a redacción orixinaria da LCAP fora xa obxecto de sete alteracións anteriores á Lei 53/99. O director da EGAP insistiu nas razóns que fundamentaron a necesidade da reforma: principalmente, ter en conta as recomendacións efectuadas pola Comisión Europea, relativas ós prazos de pagamento nas transaccións comerciais, e maila incorporación á lexislación española das modificacións producidas na normativa comunitaria sobre contratos públicos. A nova lei suprimiu certas figuras contractuais, e introduciu outras novas para satisfacer-las necesidades actuais das ad-

ministracións públicas. Bello Janeiro tamén quixo destacar que outra das razóns que xustificaron a modificación da LCAP foi a persecución dunha maior concorrencia, transparencia e obxectividade nos procedementos de adxudicación, así como a intención de simplificar os procedementos de contratación para axilizar as relacións entre os cidadáns e a Administración.

A primeira das conferencias, relativa ás *Novidades en materia de contratación administrativa e a súa repercusión na Comunidade Autónoma galega*, pronunciouna **Javier Suárez García**, avogado do Estado e director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, quen sinalou que a reforma da Lei de contratos das administracións públicas non vai ter un especial impacto en Galicia, xa que se trata dunha lei estatal de xeral aplicación a todas as administracións públicas comprendidas no seu ámbito de aplicación, sendo a maioría dos seus preceptos de carácter básico. A disposición derradeira primeira da LCAP relaciona os artigos que non se exceptúan deste carácter. Polo demais, Javier Suárez deu unha perspectiva xeral dos aspectos reformados, sintetizando o que logo os sucesivos relatores foron analizando polo miúdo.

As seguintes intervencións da mañá corresponderon a **José Antonio García-Trevijano Garnica**, avogado e letrado do Consello de Estado, tratando a primeira delas sobre o *Ámbito de aplicación da LCAP, contratos administrativos e contratos privados e os órganos de contratación*. O relator comezou sinalando que o ámbito de aplicación da lei, recollido nos artigos 1, 2, 11.1 e disposición adicional sexta, segue a ser o mesmo, aínda que debe analizarse necesariamente coordinando a Lei 13/1995 coa Lei 6/97, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (LOFAXE) e coas normas propias de organización de cada comunidade autónoma.

As entidades públicas sometidas á LCAP poden realizar dous tipos de contratos: contratos administrativos e contratos privados. A isto refírense os artigos 5 a 9 da lei; deles foron modificados os apartados 2 e 3 do artigo 5, o artigo 8 e mailo apartado 1 do artigo 9, coa seguinte incidencia:

- ┆ Desaparece a referencia ós contratos específicos e concretos non habituais como categoría típica de contratos administrativos.
- ┆ Os contratos de seguros e bancarios e de investimentos, así como os de espaxamento, culturais e deportivos quedan particularmente exceptuados da súa consideración como públicos típicos.
- ┆ O mesmo ocorre cos contratos de creación e de interpretación artística e literaria e de espectáculos, os que se cualifican ademais especificamente coma privados.
- ┆ Concrétanse polo miúdo as circunstancias que deben recollese nos pregos de cláusulas administrativas particulares dos contratos administrativos especiais, con referencias, por exemplo, ás prórrogas, xa

que non caben tácitas en ningún caso, ou ás causas específicas de resolución, á parte de remitirse ás causas comúns do artigo 112.

¶ En canto a contratos privados prevese de forma expresa a aplicación preferente, en materia de preparación e adxudicación de contratos de compravenda, doazón e outros, da correspondente lexislación de patrimonio das administracións públicas.

¶ Considérase tamén o sometemento dos contratos de seguros, bancarios e de investimentos, así como os de espaxemento, culturais e deportivos ás regras de preparación e adxudicación dos artigos 203 a 208 da LCAP, relativas ós contratos de consultoría.

Polo demais, o réxime xurídico dos contratos administrativos ou privados non varía do esquema tradicional.

O artigo 12 da LCAP, relativo ós órganos de contratación, ten o carácter de supletorio, coa excepción do seu apartado último, relativo ás regras de abstención e recusación, que ten carácter imperativo en todo o territorio nacional. A reforma introduciu diversas previsións:

¶ Cando nun departamento ministerial coexistan varios órganos de contratación, a competencia para contratos de subministración e de consultoría e de asistencia ou de servizos que afecten a máis dun deses órganos atribúeselle ó ministro, agás que xa lla teña atribuída á Xunta de Contratación; todo isto á parte as regras sobre bens e servizos declarados de uniformidade obrigatoria.

¶ Debe obterse autorización adicional do Consello de Ministros cando o pagamento do contrato se concerte polo sistema de arrendamento financeiro ou arrendamento con opción de compra e o número de anualidades sexa superior a catro.

¶ Permítese a constitución de xuntas de contratación en entidades de dereito público ou nas xestoras e en servizos comúns da Seguridade Social.

¶ Suprímese a competencia das xuntas de contratación en contratos de traballos específicos e concretos non habituais, que desapareceron como categoría autónoma.

¶ En casos de contratos de interese de varios departamentos ministeriais permítese, por razóns de celeridade, que sexa só un o órgano que contrate, sen prexuízo do financiamento á que contribúan os demais departamentos.

Á marxe disto, o réxime xeral dos órganos de contratación segue a se-lo mesmo.

García-Trevijano fixo tamén referencia ó tema do prezo dos contratos, que atopa a súa regulación no artigo 14 da LCAP. A previsión máis importante que a reforma introduciu neste precepto é que se permite o pagamento aprazado nos supostos en que o sistema de pagamento se establece mediante a modalidade de arrendamento financeiro ou me-

diante o sistema de arrendamento con opción de compra e mais nos casos en que unha lei o autorice de maneira expresa.

O mesmo relator fíxose cargo tamén de ilustrarlles ós asistentes sobre as reformas que afectan os *Requisitos para contratar coa Administración*. O tema, que conforma o título II da LCAP, sufriu diversas alteracións con ocasión da reforma e correspóndese con todo o esquema de requisitos previos que é de obrigado cumprimento para os contratistas, constituíndo un réxime xurídico aplicable a tódolos contratos, administrativos ou privados, que realice calquera administración pública sometida a esta lei. Estes requisitos refírense á capacidade, á solvencia, ás prohibicións concretas para contratar e á clasificación. Adicionalmente, para poder contratar, o licitador ten que garantir, con motivo da súa propia oferta, o futuro contrato do que poida resultar adxudicatario e, unha vez adxudicado, o cumprimento efectivo do pacto.

Tanto a capacidade e a solvencia, coma o feito de non estar incurso en ningunha prohibición teñen o seu reflexo no *Rexistro Oficial de Empresas Clasificadas*. A inclusión no rexistro supón un acto administrativo polo que a Administración reconece que unha persoa determinada está aparentemente en situación idónea para contratar, porque ten capacidade e solvencia e non está incurso en causa de prohibición. Desta maneira, a *clasificación* envolve os anteriores requisitos e coa acreditación desta, queda, en principio, acreditado o cumprimento dos outros requisitos. Sen embargo, en determinados tipos de contratos non se require a clasificación; en tales casos poderán concorrer como licitadores persoas que non están clasificadas. Isto non supón que non teñan que acreditar a súa capacidade e demais requisitos, senón que teñen que acreditarlos por outros medios. Esta regra inicial está contida no artigo 15.1 da LCAP, cando establece que para contratar coa Administración hai que ter capacidade de obrar e ter solvencia económica, financeira e técnica e profesional, requisito este último que será substituído pola correspondente clasificación nos casos en que de acordo con esta lei sexa esixible.

O artigo 15.2, relativo á *capacidade*, permítelles agora ós empresarios que son persoas xurídicas acreditar a súa capacidade de obrar mediante a escritura ou o documento de constitución, estatutos ou acto fundacional, no que consten as normas polas que se regula a súa actividade, cando non sexa esixible a inscrición da escritura de constitución ou modificación no Rexistro Mercantil. Cando si o sexa, acreditarase mediante a dita escritura.

Outra previsión de alcance que a reforma introduciu na LCAP é a de que o grao de estabilidade no emprego dos efectivos persoais e a importancia dos equipos directivos da empresa serven para xustificar a *solvencia* técnica nos contratos de obras, subministracións e mais nos restantes contratos (artigos 17, 18 e 19). En relación á solvencia económico-fi-

nanceira, o artigo 16.1, b) dispón, como novidade, que as persoas xurídicas poden acreditarla presentando as contas anuais ou extracto destas no suposto de que a publicación sexa obrigatoria.

No tocante ás *prohibicións para contratar*, modificáronse as letras a), d) e e) do artigo 20. A reforma deste artigo vai máis alá do propio precepto, xa que se atopa en relación cos artigos 21.1 e 34, enlazando este último co tema da clasificación. Con isto clarifícase o esquema das prohibicións para contratar, mais non varía en substancia. A letra a) do artigo 20 foi modificada para a prohibición de contratar coa Administración, ademais das persoas condenadas mediante sentenza firme por delitos de falsidade, suborno, malversación, tráfico de influencias, revelación de segredos, uso de información privilexiada e contra a Facenda pública, as condenadas por delitos contra o patrimonio e contra a orde socioeconómica, contra a Seguridade Social, contra os dereitos dos traballadores ou por delitos relativos ó mercado e ós consumidores. A letra d) do mesmo precepto modificouse para referirse unicamente a sancións administrativas por infracción grave ou moi grave, cando antes da reforma se facía referencia tamén á condena penal. Finalmente, a letra e) non foi modificada substancialmente, tan só varía a remisión normativa, que agora se lle fai á Lei 12/1995, do 11 de maio, de incompatibilidades dos membros do Goberno da Nación, xa que esta derogou a Lei 25/1983, do 26 de decembro, sobre incompatibilidades de altos cargos.

Polo demais, o relator fixo unha clasificación das prohibicións para contratar, distinguindo entre causas automáticas, semiautomáticas e non automáticas, tal e como establece o artigo 21.1 da LCAP. Esta norma foi modificada no seu último parágrafo, de maneira que, para as prohibicións que sinala non é necesario seguir un procedemento especial de desclasificación cando se declare a prohibición ou se aprecie esta polo órgano de contratación, excepto no caso da letra c), no que se esixe unha resolución culpable en firme, sendo necesario un procedemento autónomo de desclasificación. Hai que ter en conta que non só a incursión en causas de prohibición do artigo 20, senón tamén, por exemplo, a falta de solvencia dá lugar á desclasificación. Por iso o artigo 34, relativo á suspensión das clasificacións, segue a ser operativo e ten plena virtualidade nos casos do artigo 34.3, letras c) e e). O primeiro establece que se suspenderá a clasificación de quen incorra nos supostos das letras c), d) e j) do artigo 20. García-Trevijano sinalou que o suposto que se recolle na letra c), é o único que hoxe en día segue a ter virtualidade: cando haxa resolución de contrato por causa imputable ó contratista, ademais da declaración de prohibición, suspenderase a clasificación mediante o procedemento adicional do artigo 34. O artigo 34.3 e) recolle o suposto de lle ter esixido ó contratista consultor o pagamento das indemnizacións dos artigos 218 ou 219 da LCAP. Neste caso hai que declara-la des-

clasificación nun expediente á parte porque non estamos en ningunha das causas de prohibición do artigo 20. O artigo 34.2 determina que se desclasificará á empresa por tempo máximo dun ano cando infrinxira gravemente as condicións do contrato, pero este non se resolveu pola súa culpa: a infracción non é suficiente para resolve-lo contrato, pero si dá lugar á desclasificación por tempo máximo dun ano. Por último, o relator concedeulle virtualidade ó artigo 34.4 a), que prevé a suspensión indefinida cando o contratista denote unha diminución notoria e continuada das garantías, que faga perigosa para os intereses públicos a súa colaboración coa Administración, sen prexuízo de que tivese lugar a revisión de clasificacións acordadas con anterioridade. Estamos, pois, ante un caso de desclasificación porque falta a solvencia, non porque se trate dun suposto de prohibición.

Coa reforma operada pola Lei 53/99 vaise requirir clasificación nos seguintes contratos:

┆ Contratos de obras de contía superior a vinte millóns de pesetas (artigo 25).

┆ Contratos de servizos do artigo 197.3 de máis de vinte millóns de pesetas (antes da reforma dez millóns). E aínda que superen os vinte millóns, non haberá que clasificarse nos contratos financeiros, de seguros, bancarios ou de investimento, de asesoramento xurídico ou os de creación e interpretación artística ou literaria e os de espectáculos.

Tamén hai contratos nos que a lei non esixe clasificación, mais non por iso queda liberado o licitador de demostrar que ten capacidade e solvencia e que non está incurso en causa de prohibición. En efecto, non fai falta clasificación:

┆ Nos contratos de subministración, agás que o Goberno por real decreto o decida.

┆ Contratos nos que o licitador sexa un empresario da Unión Europea que achegue certificado de clasificación do seu país.

┆ Cando se trate de contratos que o Goberno ou a comunidade autónoma decidan exceptuar por razóns que conveñan ó interese público.

┆ Cando na licitación anterior ninguén obtivo a adxudicación.

┆ Contratos coas universidades.

O artigo 29, referido á competencia para a clasificación, foi reformado, de maneira que os acordos de clasificación adoptaraos a Xunta Consultiva a través das comisións de clasificación, sendo posible o recurso de alzada ante o ministro de Facenda. Permítese tamén a clasificación polas comunidades autónomas respecto de entidades domiciliadas no ámbito da propia comunidade autónoma: estas clasificacións autonómicas só teñen valor para contratos subscritos coa propia comunidade autónoma, cos seus organismos autónomos ou coas empresas públicas dependentes dela; se queremos que un acordo de clasificación dunha co-

munidade autónoma teña efectos ante órganos de contratación da Administración xeral do Estado ou de comunidades autónomas distintas, ese acordo debe ser obxecto de inscrición no rexistro oficial que leva o Estado.

Coa reforma do artigo 30 queda claro que a clasificación dura dous anos sempre, xa que ata o momento non estaba claro para tódolos contratos. Non obstante, a clasificación pode ser obxecto de revisión:

- ¶ Cando sexa inválido o acto de clasificación, porque hai un recurso ou porque a Administración o revisa de oficio: anulación da clasificación.
- ¶ Tamén se pode revogar un acto de clasificación válido cando se alteran as circunstancias do empresario tidas en conta ó se adopta-lo acordo.
- ¶ Cambio dos criterios de apreciación da Administración, suposto novo que se aclara na lei.
- ¶ Expediente específico de desclasificación.
- ¶ Desclasificación automática derivada das causas de prohibición.

O mesmo relator analizou tamén o *régime das garantías* na contratación pública. A garantía actúa como medio para acreditar a seriedade do licitador respecto da oferta realizada (garantía provisional) e maila do adxudicatario respecto do cumprimento do contrato (garantía definitiva). A primeira ha ser polo dous por cento do orzamento do contrato, que pode ser estimativo (artigo 36) e a segunda polo catro por cento do importe de adxudicación (artigo 37). As alteracións que introduce a Lei 53/99 en materia de garantías inciden nos seguintes aspectos:

- ¶ A garantía provisional pasa a se-la excepción, xa que tan só será esixible nos contratos de contía superior ás cifras establecidas pola LCAP para cada un dos contratos tipo que recolle (artigo 135 para o contrato de obras, artigo 178 para os de xestión de servizos públicos e 204 para os de subministración). Se o contrato non alcanza estas contías, non hai que achegar garantía provisional para poder concorrer, coa excepción de que o órgano de contratación queira esixila, caso en que debe de prevela no anuncio de licitación.
- ¶ As garantías deben acreditarse ante o órgano de contratación.
- ¶ O contratista que, antes de que transcorra o prazo durante o que forzosamente ten que mantela, retire a proposición presentada, perderá a garantía provisional depositada.
- ¶ Inclúese unha regra para cuantificar as garantías cando o prezo do contrato se fíxe en función de prezos unitarios.
- ¶ Nos contratos privados das administracións, a esixencia de garantía definitiva será facultativa. *A contrario sensu*, cando son contratos administrativos a garantía non é facultativa. Ante a dúbida de se nos contratos privados é facultativa a garantía provisional, o relator chega

á conclusión de que a garantía provisional é obrigatoria nos contratos privados sempre que se superen as contías establecidas, mentres que nos contratos administrativos unicamente se esixirá se o pide o órgano de contratación.

‡ As garantías globais, que evitan a necesidade de constituír garantía provisional e definitiva polos contratistas que concorren con frecuencia ás licitacións, responden dos contratos realizados ou dos que vaian realizar, ata o dous por cento do orzamento do contrato como provisional e ata o catro por cento ou máis se a lei o esixe, para o cumprimento do contrato.

‡ Cabe que a garantía definitiva, en lugar de constituírse nun catro se constituía nun seis por cento.

‡ Pódense establecer garantías complementarias de ata o dez por cento do correspondente orzamento (artigo 37.3), mentres que con anterioridade á reforma a garantía complementaria non podía pasar do seis por cento.

‡ Ata o momento a LCAP recollía unha regra especial para as empresas que resultaran adxudicatarias baixo perigo de baixa temeraria: o órgano de contratación podía adxudicarlle, esixíndolle unha garantía do total do contrato. Agora, o novo artigo 37.4 establece unha garantía do vinte por cento do importe de adxudicación ou do orzamento base de licitación se é en función de prezos unitarios.

‡ O apartado quinto do artigo 37 recolle que o prego de cláusulas administrativas particulares poderá establecer un sistema de garantías complementarias de ata o dezaseis por cento do prezo do contrato. Este apartado non exclúe a aplicación do apartado terceiro, polo que podería chegar a totalizarse un vinteseis por cento de garantía se o prego o prevé en determinadas circunstancias.

‡ Nos contratos de subministración (artigo 40.b), non é preciso constituír garantías en contratos de arrendamento e modalidades de arrendamento financeiro e con opción de compra, sempre que non vaian unidos ó mantemento dos bens obxecto do contrato, calquera que sexa o procedemento de selección co contratista.

‡ O prazo de constitución ou actualización de garantías de quince días durante o cal hai que a ter consignada ou actualizada, cóntase dende a notificación da adxudicación ou dende a notificación da modificación do contrato que obriga a modifica-la garantía. A lei, na súa anterior redacción, establecía que os quince días no caso de actualización de garantías se contasen dende a data de modificación do contrato (artigos 42 e 43 LCAP).

‡ Engadiuse un apartado terceiro no artigo 42 no que se recolle unha forma especial de garantía en forma de retención do prezo: a garantía definitiva nos contratos de consultoría e de asistencia, nos de ser-

vicios e nos contratos administrativos especiais poderá levarse a cabo en forma de retención do prezo. Con esta innovación a Administración queda con parte do prezo, non tendo que consignar nada o contratista.

Os relatorios da tarde estiveron a cargo de Ángel Menéndez Rexach, catedrático de dereito administrativo da Universidade Autónoma de Madrid, versando o primeiro deles sobre as *Actuacións administrativas preparatorias dos contratos*. O relator comezou a súa intervención cun pequeno preámbulo, protestando enerxicamente contra «esta maneira de legislar». A Lei 53/99 introduce numerosas modificacións de moi diversa entidade, sen unha exposición de motivos que as xustifique debidamente, trazando tan só catro pinceladas sobre os aspectos modificados. «Alomenos, dixo Rexach, o lexislador tivo a deferencia cara ós operadores xurídicos de preve-la aprobación polo Goberno dun texto refundido no prazo de seis meses».

A primeira novidade que resaltou o relator foi que a aplicación dos preceptos relativos ó expediente de contratación esténdese ós contratos privados que realicen as administracións públicas. Coa Lei 13/95 as ditas normas tan só eran aplicables ós contratos administrativos (artigo 68.1). Isto tende a reforza-la unificación do réxime da contratación pública nos chamados *actos separables*, referidos ás fases de preparación e adxudicación do contrato, co matiz de que nos contratos privados hai que ter en conta a posible aplicación preferente da súa lexislación específica (artigo 9). Rexach estimou que esta novidade é relativa, xa que o artigo 9 sometía os contratos privados á LCAP en canto á súa preparación e adxudicación. Sen embargo, o artigo 68.1, facéndose eco desa extensión, fai extensiva a esixencia de expediente de contratación a tódolos contratos que se rexan na súa adxudicación pola LCAP.

Outra novidade do artigo 68.1 é a necesidade de xustifica-lo contrato polo órgano de contratación. O expediente comprende a aprobación do gasto, o prego de condicións administrativas particulares e o prego de prescricións técnicas.

Nos contratos menores, conforme o novo artigo 57, a tramitación do expediente vese simplificada, posto que só esixe a aprobación do gasto e maila incorporación da factura. No contrato menor de obras esíxese, ademais, o orzamento das obras. Asemade, os contratos menores non poderán ter unha duración superior a un ano, nin seren obxecto de prórroga nin de revisión de prezos.

O expediente de contratación consta do prego de cláusulas administrativas particulares e o prego de prescricións técnicas. O relator considerou como única novidade digna de mención, en relación ó primeiro deles, o feito de que ten que preve-la posibilidade de prórroga expresamente; polo tanto, non cabe prórroga polo consentimento tácito das

partes. En relación cos pregos de prescricións técnicas Rexach destacou dúas novidades:

¶ O prego de prescricións técnicas particulares forma parte do réxime aplicable ó contrato (artigo 95 LCAP).

¶ Flexibilízase a prohibición de que concorran ás licitacións as empresas que teñan participado na elaboración das especificacións técnicas. Esta matización consiste en que si poderán concorrer se a dita participación non supón restriccións á libre concorrencia ou un trato privilexiado con respecto ó resto das empresas licitadoras. Ante a pregunta de cómo se acredita isto na práctica, Rexach afirmou a evidencia da necesidade de motivación, xa que se trata dunha excepción á regra xeral, sen embargo reconece a dificultade de xustificar algo tan pouco concreto como o feito de que a presentación das ditas empresas á licitación non restrinxen a libre concorrencia.

Aprobado o expediente de contratación polo órgano de contratación, remata a fase interna da tramitación. Esa aprobación, di o artigo 70.1, faise por resolución; sen embargo, o relator sinalou que non se trata dunha verdadeira resolución, senón dun acto de trámite. Xunto co expediente de contratación tramítase a autorización do gasto (artigo 68.2 en conexión co 11.2, letra h). Unha novidade interesante introdúcese coa nova redacción do artigo 70.2, que prevé o suposto, cada vez máis frecuente na práctica, de que se queiran adjudicar contratos financiados con achegas de diferentes organismos. Queda claro que esas achegas poden provir de órganos dunha mesma administración pública e, en tales casos, tramitarase un só expediente de contratación polo órgano de contratación ó que corresponda a adjudicación do contrato. O problema reside no caso en que sexan varios os que financian ¿como se determina o órgano de contratación? En principio, o criterio da competencia específica por razón da materia obxecto do contrato debe se-lo que decida quen tramite e aprobe o expediente, non un criterio puramente cuantitativo, por virtude do cal tramite o expediente o órgano que fai a achega maioritaria. Na práctica, con frecuencia coinciden o órgano con competencia específica na materia e o que fai a achega maioritaria.

Os expedientes de contratación poden ser de tres clases: ordinario, de urxencia e de emerxencia. O procedemento de urxencia regúlase no artigo 72.2 da LCAP. A novidade reside en que o prazo de inicio da execución do contrato non poderá ser superior a dous meses dende a adjudicación, polo que quedará resolto en caso contrario, agás que o atraso se debese a causas alleas á Administración e ó contratista e así se fisexe constar na correspondente resolución motivada. Antes da Lei 53/99 a prohibición era categórica: o transcurso de dous meses daba lugar, sen máis, á resolución do contrato. En canto á tramitación de emerxencia, regulada no artigo 73, detéctase unha única novidade: a ampliación do

prazo de trinta días para darlle conta ó Consello de Ministros das actuacións levadas a cabo a sesenta días (artigo 73.1, letra a).

Aprobado o expediente de contratación e maila autorización do gasto correspondente, pásase á *fase de adxudicación*. A lei distingue tres procedementos de adxudicación: aberto, restrinxido e negociado; e dúas modalidades de adxudicación: poxa e concurso. Unha primeira novidade, en relación ás corporacións locais, consiste na elevación do límite establecido na Lei reguladora das bases do réxime local para a utilización do procedemento negociado: a porcentaxe para a utilización do procedemento negociado nos contratos de obras, de subministración, de consultoría e asistencia e de servizos, fíxase no dez por cento, cando antes da reforma era do cinco por cento (disposición adicional 9ª da LCAP).

As modificacións máis importantes introducidas na fase de adxudicación son:

! En canto á publicidade das licitacións, o artigo 79.2 modifica os prazos. A regra nos procedementos abertos é que a publicación se efectúe cunha antelación mínima de quince días ó sinalado como o último para a admisión de proposicións. Non obstante, no contrato de obras, o dito prazo seguirá a se-lo de vinteseis días, que era a regra xeral antes da reforma. Nos procedementos restrinxidos o prazo será de dez días anteriores ó último para a recepción de solicitudes de participación e de quince días dende a data de envío da invitación escrita, para a presentación de proposicións. Finalmente, no procedemento negociado con publicidade, os prazos de recepción de solicitudes non poden ser inferiores a trinta e sete días dende a data de envío do anuncio á Oficina de Publicacións da Comunidade Europea.

! No que se refire ás proposicións que os licitadores teñen que presentar, non é necesario que acheguen coa proposición a acreditación de estaren ó corrente no pagamento das obrigas tributarias e da Seguridade Social. En lugar disto, terán que achegar unha declaración responsable que inclúa a referencia expresa de que se está ó corrente das ditas obrigas. A acreditación haberán de presentala despois, antes da adxudicación e só polo que vaian resultar adxudicatarios; para este efecto concederáselles un prazo máximo de cinco días hábiles (artigo 80.2, letra b).

! Respecto da mesa de contratación, a Lei 53/99 aclara que só é obrigatoria nos procedementos abertos e restrinxidos, sendo potestativa para o órgano de contratación no procedemento negociado. Outra novidade é que o secretario da mesa pode ser outro empregado do órgano de contratación, se non hai ningún funcionario deste que poida desempeñar tal función (artigo 81). En relación coas corporacións locais, a disposición adicional 9ª establece quen han se-lo presidente, os vocais, en número non inferior a tres, e mailo secretario da mesa.

Rexach destacou tamén a nova regulación que se establece das baixas temerarias, sinalando que con relación a iso tanto hai novidades puramente formais coma outras que teñen un verdadeiro alcance substantivo. En efecto, o artigo 84 dispón que a presunción de temeridade debe ser notificada pola mesa de contratación, non polo propio órgano de contratación. Ten un maior interese substantivo a previsión de que, a efectos da apreciación do carácter desproporcionado ou temerario de determinadas baixas, non poderán considerarse as diversas proposicións que se formulen individualmente por sociedades dun mesmo grupo, nas condicións que regulamentariamente se determinen. O propósito desta previsión é patente: evitar que varias empresas dun mesmo grupo poidan condiciona-la determinación da cifra de referencia para aprecia-la temeridade. Este réxime da temeridade recóllese para a poxa no artigo 84.3 e para o concurso no artigo 87.4. Ámbolos preceptos fanlles unha remisión ás condicións regulamentarias que se establezan. Rexach estimou que o criterio que se senta nestes artigos debe considerarse de directa aplicación pola mesa de contratación, xa que se trata da interpretación máis correcta para non facer depende-la virtualidade da lei dun desenvolvemento regulamentario que non se sabe cando se producirá e que pode incluso non chegar a producirse. Outra novidade estriba en que se, a pesar de estar incurso en temeridade, se lle adxudica o contrato, o contratista debe prestar unha garantía definitiva do vinte por cento do importe da adxudicación (artigo 88.5). Con esta medida suavizouse moito o réxime da Lei 13/95 que establecía o cen por cento do dito importe.

En relación co concurso inténtase afina-la obxectividade dos criterios, establecendo que os criterios de valoración fixados no prego poderán referirse a diferentes fases do contrato. Na primeira fase tomarase en conta o valor económico da proposición e as características técnicas das obras. Na segunda fase valorarase a calidade dos materiais, o programa de mantemento, o servizo posvenda, etc. Coa súa nova redacción, o artigo 87.2 intenta precisa-la aplicación dos criterios establecidos para a adxudicación, obxectivando o seu funcionamento en cada unha das fases. O réxime da temeridade da poxa aplícaselle tamén ó concurso, engadindo que o prego de cláusulas administrativas particulares pode expresar criterios obxectivos en función dos cales se apreciará a temeridade (artigo 87.3).

En relación coas *variantes*, tema que na práctica suscita non poucos problemas, establece o novo artigo 88 que o órgano de contratación só poderá tomar en consideración as variantes ou alternativas que ofrezan os licitadores cando o prego de cláusulas administrativas particulares teña prevista expresamente esta posibilidade, fronte á presunción de admisibilidade de variantes que establecía o mesmo precepto antes da reforma.

Tamén no procedemento negociado se intenta reforza-la obxectividade mediante unha maior esixencia de motivación. O órgano de con-

tratación obriga a determinar no prego de cláusulas administrativas particulares os aspectos económicos e técnicos que, se é o caso, teñan que ser obxecto de negociación coas empresas (artigo 93.3). E, con carácter xeral, debe deixarse constancia no expediente das invitacións cursadas, das ofertas recibidas e das razóns para a súa aceptación ou rexeitamento polo órgano de contratación.

Rematou Rexach esta primeira intervención subliñando que a única novidade relativa á *publicidade* das adxudicacións, recollida no artigo 94, é que se eleva de cinco a dez millóns o importe da adxudicación a partir do cal é obrigatoria a súa publicación no Boletín Oficial do Estado ou no boletín da entidade que corresponda.

O relator comezou a súa segunda intervención, que versou sobre a *Execución dos contratos administrativos*, sinalando que nesta fase da contratación hai menos novidades que nas anteriores fases; nembargantes, hai algunha modificación relevante. Así como o réxime de preparación e de adxudicación está unificado en termos xerais para os contratos administrativos e para os contratos privados das administracións públicas, na fase de execución é onde se deixa senti-la natureza tipicamente administrativa ou privada do contrato.

A característica máis importante dos contratos administrativos fronte ós privados, e quizais a razón de ser desta categoría, reside na atribución á Administración dunha serie de facultades ou *prerrogativas* impensables no ámbito da contratación privada. As ditas prerrogativas son a de interpretación unilateral, modificación unilateral e resolución, tamén unilateral (artigo 60). Para o exercicio destas facultades esíxese, en determinados supostos, informe do Consello de Estado ou do órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma. Estes casos son, conforme o artigo 60.3 da LCAP:

- l Interpretación, nulidade e resolución, cando se formule oposición por parte do contratista. O informe neste caso ten a finalidade de reforzamento das garantías do contratista.
- l Modificacións do contrato, cando a contía destas sexa superior a un vinte por cento do prezo primitivo do contrato e este sexa igual ou superior a mil millóns de pesetas.

Os contratos administrativos execútanse a *risco e ventura* do contratista (artigo 99), sen prexuízo do establecido para o contrato de obras no artigo 144, segundo o cal se ten dereito a indemnización en casos de forza maior, apreciándose esta sempre en función das circunstancias concretas do caso. Rexach engadiu ós termos tan rotundos en que se expresa o artigo 99 que non é certo que os contratos administrativos se realicen a risco e ventura do contratista, xa que hai unha serie de técnicas legais e mesmo xurisprudenciais de mantemento do equilibrio económico e financeiro entre as prestacións do contrato, xustificadas en que o

contratista actúa en calidade de colaborador da Administración. A máis importante desas técnicas é a revisión de prezos, pero tamén hai outras ligadas ó réxime xeral de responsabilidade extracontractual.

O contrato execútase conforme o previsto nas súas cláusulas, entre as que se atopará a sinalización dun ou varios *prazos* para a realización das prestacións estipuladas, todo isto de conformidade co previsto no prego de cláusulas administrativas particulares. O contratista ten a obriga de cumprilo dentro dos prazos fixados para a súa realización (artigo 96.1) e se os incumpre por causas que lle sexan imputables, a Administración poderá optar, indistintamente, pola resolución do contrato ou pola imposición das *penalidades* diarias na proporción dun por cada cinco mil pesetas do prezo do contrato. A Lei 53/99 elimina a escala de penalidades en función da contía do contrato que recollía a LCAP na súa redacción orixinaria, establecendo como regra a imposición de penalidades diarias. O prego particular pode prever outro sistema de penalización, con atención ás características do contrato, xustificándoo debidamente. Tamén foi reformado o apartado 4 do artigo 96, de maneira que cada vez que as penalidades por demora alcancen un múltiplo do cinco por cento do prezo do contrato, o órgano de contratación poderá proceder á resolución deste ou acorda-la continuidade da súa execución con imposición de novas penalidades; co réxime orixinario da Lei 13/95 o órgano de contratación estaba facultado para optar cando as penalidades por demora chegasen ó vinte por cento do importe do contrato. Por último, o apartado 6 do mesmo artigo estende este réxime, previsto para o incumprimento dos prazos, ó incumprimento da execución parcial das prestacións definidas no contrato.

Con relación ó réxime de *responsabilidades fronte a terceiros*, o artigo 98, non modificado, dispón, en coherencia co principio de risco e ventura, que o contratista está obrigado a indemnizar tódolos danos e perdas que cause a terceiros como consecuencia da execución do contrato, salvo se foron ocasionados como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración ou de vicios do proxecto elaborado por ela no contrato de obras ou no de subministración de fabricación, casos nos que responde a Administración.

En contrapartida a estas obrigas, o contratista ten dereito a percibi-lo pagamento do prezo estipulado. A Administración ten a obriga de aboalo prezo dentro dos dous meses seguintes á data de expedición das certificacións de obras ou dos documentos acreditativos da realización total ou parcial do contrato e, se se demorase, deberalle aboar ó contratista o xuro legal do diñeiro incrementado en 1,5 puntos, das cantidades debidas. Isto recóllese no artigo 100.4, deixando a salvo o prazo especial do artigo 111.4. Este dispón que, excepto nos contratos de obras, dentro do prazo dun mes dende a data da acta de recepción, deberá acordarse e ser-

lle notificada ó contratista a liquidación correspondente do contrato e aboárselle o saldo resultante. Rexach opinou que o prazo de dous meses do artigo 100.4 refírese ós pagos parciais, ás certificacións de pagos parciais e ós pagos únicos, mentres que o dun mes do artigo 111.4 é aplicable ó saldo de liquidación cando xa houbo unha serie de pagamentos parciais. Polo demais, se a demora no pagamento fose superior a catro meses, o contratista poderá proceder á suspensión do cumprimento do contrato e se a dita demora fose superior a oito meses, terá dereito a resolve-lo contrato e ó resarcimento dos prexuizos que como consecuencia diso se lle orixinen (artigo 100, apartados 5 e 6).

Outra importante modificación é a declaración de inembargabilidade dos aboamentos á conta, salvo que sexa para o pagamento dos salarios devengados polo persoal do contratista ou para o pagamento das obrigas contraídas polo contratista cos subcontratistas e subministradores (artigo 100.7), sen prexuízo do establecido nas normas tributarias e da Seguridade Social.

O tema da *modificación* dos contratos abórdase, con carácter xeral, no artigo 102. Rexach quixo destacar que as modificacións supoñen unha excepción á regra *pacta sunt servanda*, que quebra aquí por consecuencia da atribución á Administración desta prerrogativa ou *ius variandi*. As novidades que se introducen teñen a finalidade de extrema-lo control sobre estas variacións. En efecto, o artigo 102.3, na súa nova redacción, esixe informe de contido orzamentario da Dirección Xeral de Orzamentos do Ministerio de Facenda nas modificacións dos contratos que impliquen alteracións en contía igual ou superior ó dez por cento do prezo primitivo do contrato e nas modificacións consistentes na substitución de unidades por outras novas, sempre que a contía do contrato sexa igual ou superior a mil millóns de pesetas. O dito informe será preceptivo e non vinculante pero, para os efectos do cumprimento deste trámite, o órgano de contratación terá que incorporarlle ó expediente da modificación os seguintes documentos:

- l Memoria explicativa.
- l Xustificación da improcedencia da convocatoria dunha nova licitación.
- l Nos contratos de obras, informe da Oficina de Supervisión de Proxectos, que, no ámbito local, se substitúe polo da Comisión Especial de Contas, nas entidades locais en que exista (disposición adicional 9ª, apartado 4).

O relator quixo facer tamén referencia ós correctivos do equilibrio económico do contrato, matizando deste xeito o principio de risco e ventura do contratista. Rexach fixo especial fincapé na *revisión de prezos*, regulada nos artigos 104 e seguintes da LCAP e que atende á corrección de desequilibrios que poidan producirse por circunstancias previsibles no

momento do perfeccionamento do contrato. A revisión de prezos terá lugar nos termos establecidos nesta lei cando o contrato estea executado no vinte por cento do seu importe e transcorra un ano dende a súa adxudicación. A Lei 53/99 veu amplia-lo prazo de seis meses a un ano, ademais de aclarar que nin a porcentaxe do vinte nin o primeiro ano de execución poden ser obxecto de revisión. Outra novidade é que en ningún caso terá lugar a revisión en contratos en que o pagamento se concerte mediante o sistema de arrendamento financeiro ou arrendamento con opción de compra, nin nos contratos menores (artigo 104.2); desta maneira desapareceu a referencia ós contratos de traballos específicos e concretos non habituais. O artigo 105.3 mantén o criterio de que o índice ou fórmula de revisión será invariable durante a vixencia do contrato e precisa que o dito índice determinará a revisión de prezos en cada data respecto da data final do prazo de presentación de ofertas na poxa e no concurso e a da adxudicación no procedemento negociado.

A mañá do día 11 acompañounos Ernesto García-Trevijano Garnica, letrado do Consello de Estado, quen nos ilustrou sobre a extinción do contrato. Isto esixiulle abordar tres temas: o do cumprimento do contrato, o da declaración de invalidez do contrato e mailo das causas de resolución deste.

O *cumprimento* é o efecto natural do contrato e a principal forma de extinción deste. O contrato conclúe cando o contratista realiza efectivamente a prestación, o que obriga a Administración a unha recepción formal do realizado dentro do mes seguinte á terminación do contrato (artigo 111.2). Como novidade, o artigo 111.4 establece, excepto para os contratos de obras, que dentro do prazo dun mes, contado dende a data da acta de recepción, deberá acordarse e serlle notificada ó contratista a liquidación correspondente do contrato e aboárselle, se é o caso, o saldo resultante. De se producir demora, o contratista terá dereito a percibi-lo xuro legal do diñeiro incrementado en 1,5 puntos, a partir dos dous meses seguintes á liquidación. O prazo de garantía comezará a contar dende a data de recepción ou de conformidade.

O artigo 147, relativo ó contrato de obras, dispón que, dentro do prazo de dous meses, contados a partir da recepción, a Administración deberá aproba-la certificación final das obras executadas, que lle será aboada ó contratista á conta da liquidación do contrato. Trevijano aclarou que a dita certificación non é unha liquidación final, senón un aboamento á conta sometido ós axustes que correspondan trala liquidación final. Dentro dos quince días anteriores ó cumprimento do prazo de garantía darase a liquidación final, normalmente con saldo neutro. Non obstante, nesa liquidación aboaráselle ou pediráselle ó contratista, se é o caso, o saldo resultante. Cumprido o prazo de garantía, que no contrato de obras non poderá ser, como regra xeral, inferior a un ano, o contra-

tista queda exento de responsabilidade, mais o artigo 149 advirte que se a obra se arruína dentro dos quince anos seguintes á recepción, por vicios ocultos, debido a incumprimento do contratista, responderá este dos danos e perdas.

A segunda causa de extinción é a *declaración de invalidez*. Segundo afirmou Trevijano, un contrato administrativo pode declararse inválido a través de dúas vías: ben porque os actos preparatorios ou o de adxudicación sexan inválidos, ou ben porque está viciado o propio contrato. A LCAP presta unha maior importancia á primeira vía. No artigo 63 enúmeranse as causas de nulidade:

- l As indicadas no artigo 62.1 da Lei 30/92.
- l A falta de capacidade de obrar ou da solvencia, debidamente acreditada, ou estar incurso o adxudicatario nalgunha das prohibicións ou incompatibilidades sinaladas no artigo 20.
- l A carencia ou insuficiencia de crédito.

Os supostos de anulabilidade son, por exclusión, as demais infraccións do ordenamento xurídico e, en especial, das regras contidas na presente lei, de conformidade co artigo 63 da Lei 30/92 (artigo 64 da LCAP).

A declaración de invalidez poderá ser acordada pola Administración, de oficio ou a instancia dos interesados, de conformidade co artigo 102 da Lei 30/92. Segundo este precepto, a revisión de oficio só cabe respecto dos actos nulos, non meramente anulables. No que se refire para os efectos da declaración de invalidez, o relator subliñou que se ben formalmente implica retroacción de efectos e recíproca devolución de prestacións, na práctica resulta inviable na maioría dos casos. Nesta liña, a LCAP en máis dun sitio establece que un contrato nulo siga a ter efectos cando o contrario produza graves prexuizos ó interese público.

A seguinte causa de extinción dos contratos é a *resolución*. Entre as prerrogativas que ten a Administración, atópase a de resolve-lo contrato unilateralmente (artigo 60), cousa que o contratista nunca poderá facer por iniciativa propia. A Administración fixa, ademais, os efectos da extinción a través dun acordo administrativo que se presume válido e é inmediatamente executivo. Cando a Administración quere resolver un contrato ten que tramitar un procedemento, no que destacan como trámites esenciais a audiencia ó contratista e, cando este se opoña á resolución, o dictame do Consello de Estado. Trevijano clasificou as causas de resolución en tres grandes grupos:

- l Causas que afectan a persoa ou a súa solvencia.
- l Causas que afectan o cumprimento das obrigas.
- l Causas que afectan o contido do contrato.

Algunhas das *causas que afectan a persoa ou a súa solvencia* foron modificadas nalgún aspecto pola Lei 53/99. Estas causas son, substancialmente, as seguintes:

- | Morte do contratista individual.
- | Incapacidade sobrevida.
- | Extinción da personalidade xurídica.
- | Quebra e suspensión de pagamentos.
- | Concurso de acredores, declaración de insolvente falido e acordo de quitación e espera.

Que o contrato administrativo *sexu intuitu personae* é unha verdade a medias, pois, como subliñou o relator, admítense a subcontratación e maila cesión, ademais da posibilidade que, nalgúns supostos, teñen os sucesores do contratista de continua-lo contrato. A *incapacidade*, para actuar como causa de resolución, ten que ser sobrevida; se for orixinaria, estaríamos ante un problema de invalidez, non de resolución. A *extinción da personalidade xurídica* pode producirse pola disolución, fusión ou escisión da sociedade contratista. A disolución opera como causa de resolución dende que se acorda, non hai que esperar a que se produza a liquidación. No caso de fusión, o contrato continuará coa entidade absorbente ou resultante desta. A Lei 53/99 fala, como novidade, da transmisión de empresas ou de ramas desta coma unha modalidade de escisión, continuando o contrato coa entidade resultante ou beneficiaria se mantén a solvencia esixida no momento da adxudicación. No caso de *suspensión de pagamentos*, intervénse xudicialmente a xestión do empresario. Dende o punto de vista administrativo enténdese que o contratista está en suspenso cando o xuíz emite o auto polo cal se lle declara en tal situación. A suspensión de pagamentos declarada ha poñerse en coñecemento da Administración para que esta valore as circunstancias e decida resolver ou continua-lo contrato, pois non se trata dunha causa automática de resolución. Ó igual que ocorre na *quitación e espera*, a Administración continuará o contrato se o contratista presta as garantías suficientes a xuízo daquela. Se o contrato se resolve, a Administración non incautará a garantía nin haberá indemnización de danos e perdas. En cambio, a declaración de *quebra* orixinará sempre a resolución do contrato, entendéndose que xurdiu a causa de resolución cando se declarou xudicialmente a quebra. Os efectos desta causa varían segundo o tipo de quebra: se é fortuíta, recibe o mesmo tratamento cá suspensión de pagamentos; se é culpable ou fraudulenta, incautárase a garantía e o contratista terá que indemniza-los danos e perdas. A declaración de *concurso de acredores* e de *insolvente falido* en calquera procedemento orixinarán sempre, ó igual que ocorre coa quebra, a resolución do contrato, mentres que nas demais causas será potestativo para a parte non culpable o dereito a exercitala.

As causas que afectan o cumprimento das obrigas son:

- | Incumprimento.
- | Falta de prestación das garantías e non formalización en prazo.
- | Demora na comprobación do trazado de planta.

- | Incumprimento do prazo.
- | Demora no replanteo.
- | Desistencia.
- | Mutuo acordo.

Non calquera *incumprimento* pode xustificar a resolución do contrato: téntase evita-la extinción do contrato ante incumprimentos nimios. A asimetría das relacións entre a Administración e o contratista faise patente tamén neste ámbito, xa que para que o incumprimento da Administración xere a resolución do contrato ten que selo dalgunha das obrigas ás que a LCAP asocia tal efecto, cousa que non se di respecto dos incumprimentos do contratista. Se foi a Administración quen incumpriu, o contratista ten dereito a ser indemnizado, tendo que demostrar os danos e perdas (artigo 114.3); se incumpre o contratista, incautáraselle a garantía e a Administración terá que ser indemnizada no que exceda do importe da garantía incautada (artigo 114.4).

A garantía definitiva ten que constituírse no prazo de quince días que hai que contar dende a adxudicación. A *falta de prestación da garantía* supón que non se poderá formaliza-lo contrato e haberá incumprimento por parte do contratista, incautándose a garantía e tendo que indemnizarlle á Administración os danos e perdas no que exceda do importe da garantía provisional. Se, por causa imputable ó contratista, non se formaliza o contrato dentro dos trinta días contados dende o seguinte ó da notificación da adxudicación, a Administración poderá acorda-la resolución, procedendo en tal caso a incautación da garantía provisional e a indemnización dos danos e perdas ocasionados. Trevijano sinalou que tamén pode ocorrer que se constituía a garantía definitiva e logo, por culpa do contratista, non se formalice o contrato: neste caso, incautárase a garantía definitiva polo importe equivalente á provisional, aínda que o artigo 55 da LCAP só se refire a esta. A Lei 13/95 consideraba a falta de prestación da garantía e a non formalización en prazo como causas automáticas de resolución. Agora, a Lei 53/99 establece que a resolución por esta causa é potestativa. O relator expuxo a seguinte cuestión: se o contratista non constituí a garantía definitiva, entón ¿ten a Administración a opción de resolver ou non resolver?. A xuízo de Trevijano o órgano de contratación ten a obriga de acorda-la resolución do contrato; cousa distinta é que permita a constitución desta despois dos quince días seguintes á notificación da adxudicación. Se for así, a LCAP estaría a da-la posibilidade de constituí-la garantía definitiva fóra de prazo, aínda que sempre antes da formalización, mentres que a garantía provisional hai que constituí-la necesariamente no momento que a lei establece.

A *demora na comprobación do replanteo* aplícase como causa de resolución nos contratos de obra. O artigo 142 dispón que dentro dun prazo non superior a un mes dende a data de formalización do contrato, pró-

cederá a efectua-la comprobación do replanteo feito previamente á licitación, debendo estenderse acta do resultado. A demora actúa como causa de resolución.

No que respecta ó *incumprimento do prazo* nos contratos administrativos, non é certo que o prazo sexa esencial, entendéndo en sentido estricto, de maneira que non sexa posible o cumprimento en mora. Tras esta afirmación, o relator destacou que o réxime de penalidades é unha medida para incentiva-lo contratista a que termine o contrato logo de incumprir os prazos; ademais, apuntou, está o sistema de prórrogas admisible.

Coa finalidade de evita-la *demora no pagamento ó contratista*, a Lei 13/95 introduciu unha serie de efectos destinados a estimular a Administración a que lle pagase en tempo. Estes son a esixencia de pagalo xuro legal do diñeiro, incrementado en 1,5 puntos, ó cabo de dous meses dende a data de expedición da certificación ou documento acreditativo da realización do contrato, a suspensión do cumprimento do contrato, con preaviso dun mes, se transcorren catro meses e a facultade do contratista de resolver, pasados oito meses.

A *desistencia* pode ser precontractual ou contractual. O novo artigo 36.2 da LCAP prevé a incautación da garantía cando o licitador retire inxustificadamente a súa proposición antes da adxudicación. No caso de desistencia contractual da Administración, o contratista terá dereito a percibi-lo seis por cento do prezo das obras deixadas de realizar en concepto de beneficio industrial (artigo 152.4).

A resolución por *mutuo acordo* nos contratos administrativos esixe consentimento do contratista, a ausencia de causas de resolución imputables a este e maila existencia de razóns xustificadas de interese público que o aconsellen. Ámbalas partes pactarán os efectos que crean convenientes, co límite, non recollido na LCAP, de que a Administración non quede en peor condición que se incumprise o contrato.

Finalmente, as *causas que afectan o contido do contrato* son:

- 1 A modificación do contrato.
- 2 A suspensión do contrato.
- 3 Os erros materiais no proxecto.

As *modificacións* que constitúen causa de resolución son as que supoñen unha alteración en máis do vinte por cento do prezo primitivo do contrato previstos nos artigos 150. e), 193. c) e 214. c). O relator indicou que para chegar ó vinte por cento hai que computar tódolos modificados anteriores, operando esta porcentaxe sobre o orzamento orixinario. O dereito para resolver nestes casos prevese fundamentalmente a favor do contratista, aínda que tamén se prevé que a Administración poida promover a resolución por esta causa (artigo 113.2), o que podería chegar a implicar verdadeiras fraudes. Se o contratista é quen resolve o con-

trato, non se lle incautará a garantía e non terá que indemnizar danos e perdas, mais tampouco será el indemnizado. Trevijano sostivo que cando sexa a Administración quen resolva por modificados superiores ó vinte por cento, os efectos han se-los propios da desistencia unilateral, polo tanto o contratista terá dereito ó seis por cento do prezo en concepto de beneficio industrial.

Por outro lado está a *suspensión* do contrato, que pode ser definitiva ou temporal. A suspensión definitiva non é outra cousa que unha desistencia e a Administración terá que aboarlle ó contratista o seis por cento en concepto de beneficio industrial, á parte dos danos e perdas efectivamente sufridos por el (artigo 103). Por outra banda, no suposto de suspensión da iniciación das obras por tempo superior a seis meses, o contratista terá a posibilidade de desligarse do contrato. Se o fai, terá dereito a percibir, por tódolos conceptos, unha indemnización do tres por cento do prezo de adxudicación (artigo 152.3). Trevijano cuestionou que esta porcentaxe cubra a totalidade das perdas do contratista, afirmando que sería posible admitir que ese tres por cento sexa por lucro cesante e que, por eses seis meses que estivo en suspenso o contrato, se lle poida indemnizar por dano emerxente. Se o contratista decide non desligarse, levantarase a suspensión e reiniciará as obras; en consecuencia, xa non poderá utilizar esta causa para promove-la resolución do contrato. A suspensión temporal pode selo tamén das obras xa iniciadas. Neste punto a Lei 53/99 ampliou o prazo para que o contratista poida desligarse do contrato de seis a oito meses.

Por último, os *erros materiais no proxecto ou no orzamento das obras* elaborado pola Administración (artigo 150, letra d) son causa de resolución propia do contrato de obras. O erro ha ser *ab initio*, pois, de non ser así, estaríamos ante un problema de modificación do contrato, non de resolución. Se estes erros afectan, alomenos, a un vinte por cento do orzamento da obra, o contratista ten a posibilidade de solicita-la resolución do contrato e, se o defecto é imputable á Administración, terá dereito a ser indemnizado.

* * *

A disposición derradeira única da Lei 53/99 autorizaba o Goberno para que, no prazo de seis meses dende a súa publicación, elaborase un texto refundido, incorporando tódalas modificacións realizadas no teor orixinal da Lei 13/95, con facultades de regularización, aclaración e harmonización. O Goberno, no tempo establecido, elaborou o texto refundido, pero practicamente non fixo uso das facultades que lle concedera o lexislativo e pode afirmarse que se limitou a face-los axustes necesarios para auna-la dispersa normativa nunha soa disposición. En efecto, o texto refundido da LCAP foi aprobado polo Real decreto lexislativo

2/2000, do 16 de xuño, que incorporou as modificacións realizadas polas sucesivas leis que afectaron a Lei 13/95 e que, no que a esta materia se refiren, quedan agora derogadas. Ademais, o uso das facultades de harmonización, regularización e aclaración limitouse a casos moi puntuais. O texto refundido derroga expresamente toda a normativa que modificou a Lei de 1995 ata a data, trala súa inclusión neste, seguindo a mesma liña estrutural do texto primitivo. 

XORNADA SOBRE COLEXIOS PROFESIONAIS E XORNALISTAS

(EGAP, Santiago de Compostela, 17 de febreiro de 2000)

Enrique Diego Fernández Pérez

Bolseiro da EGAP

A Xornada sobre colexios profesionais e xornalistas, que tivo lugar na sede da Escola Galega de Administración Pública o 17 de febreiro de 2000 principiou coa benvinda de Domingo Bello Janeiro, director da EGAP, ós relatores e asistentes, para a continuación destaca-la grande importancia da Lei 2/1999 do 24 de febreiro, de creación do Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia. Procedeu á apertura oficial da xornada Jesús Parga López, secretario xeral para as Relacións cos Medios Informativos, que destacou os grandes horizontes que abre a Lei 2/1999, sempre que se parta da base do alto grao de responsabilidade que implica o exercicio do xornalismo.

O primeiro relator foi Germán Fernández Farreres, catedrático de dereito administrativo na Universidade Complutense de Madrid, que falou da distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de colexios profesionais. Destacou en primeiro lugar que a Constitución española de 1978 menciona os colexios profesionais nunha única ocasión, concretamente no artigo 36, ó dispoñer que «a lei regulará as peculiaridades propias do réxime xurídico dos colexios profesionais e o exercicio das profesións tituladas. Faise, pois, só unha reserva de lei para engadir de seguido que a estrutura interna e o funcio-

namento dos colexios deberá ser democrático. A materia «colexios profesionais» presenta a singularidade, desde a perspectiva do sistema de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas, de non aparecer nas listas de competencias dos artigos 148.1 e 149.1 da Constitución española. Polo tanto, en principio, o Estado non ten reservada constitucionalmente competencia ningunha respecto ós colexios profesionais, de xeito que sen prexuízo da incidencia que no réxime xurídico destes poidan ter outros títulos competenciais, as competencias quedaron á dispoñibilidade dos estatutos de autonomía, podendo estes atribuílas integramente ás comunidades autónomas (polo principio dispositivo do artigo 149.3 da Constitución). Só no caso de que os ditos estatutos non procedan a esa atribución, as ditas competencias quedarán no ámbito estatal, de forma continxente polo xogo da cláusula residual que sanciona o mesmo artigo 149.3.

É certo que ó longo da fase inicial do proceso de constitución e asentamento das comunidades autónomas, as limitadas transitoriamente pola listaxe de competencias do artigo 148.1 da Constitución española non puideron asumir de xeito efectivo ningunha competencia relativa á ordenación e ó réxime xurídico dos colexios profesionais, razón pola que quedaron retidas polo Estado. Pola contra as comunidades autónomas constringidas unicamente polas competencias constitucionalmente reservadas ó Estado puideron asumir estas competencias coa máxima amplitude. Así o fixeron, coa significativa e sorprendente excepción do Estatuto de autonomía de Galicia. Mentres que os estatutos de autonomía do País Vasco, Cataluña e Andalucía atribuíron a competencia exclusiva das respectivas comunidades autónomas en materia de «colexios profesionais e exercicio das profesións tituladas», sen prexuízo do disposto nos artigos 36 e 139 da Constitución, o Estatuto de autonomía de Galicia gardou silencio absoluto ó respecto. O noso Estatuto refírese unicamente á competencia exclusiva en materia de «confrarías de pescadores, cámaras da propiedade agraria, de comercio, industria e navegación e outras de natureza equivalente, sen prexuízo do disposto no artigo 149 da Constitución», o que determina que a Comunidade Autónoma non asumira competencia ningunha en materia de colexios profesionais; un dato que se confirma á luz da Lei 16/1995, do 27 de decembro, de transferencia á Comunidade Autónoma galega da competencia de «desenvolvemento lexislativo e execución en materia de corporacións de dereito público representativas de intereses económicos e profesionais, no marco da lexislación básica do Estado¹, co que queda cuberta unha clamorosa lagoa. Respecto á Comunidade foral de Navarra na Lei orgánica

¹ Artigo 3 da Lei 16/1995, do 27 de decembro.

de reintegración e mellora do foro de Navarra establécese que a Comunidade foral posúe competencia exclusiva sobre «colexios profesionais e exercicio das profesións tituladas conforme a lexislación xeral»². O resto das comunidades autónomas, coa excepción das Canarias e de Valencia, que, en virtude das correspondentes transferencias ó abeiro do artigo 150.2 da Constitución, puideron exercer as competencias dende o primeiro momento, tralo período transitorio que previu o artigo 148.2 da Constitución, procederon ás reformas dos seus estatutos, asumindo tamén, coma propias, competencias en materia de colexios profesionais.

Estas reformas estatutarias estiveron precedidas, non obstante, da transferencia da competencia a esas comunidades sobre o «desenvolvemento lexislativo e a execución na materia de corporacións de dereito público representativas de intereses económicos e profesionais, no marco da lexislación básica do Estado e, se é o caso, nos termos que esta estableza»³. É fundamental determinar de onde saíu esta competencia do Estado, pois ben, segundo a doutrina xurisprudencial perfectamente asentada do Tribunal Constitucional, sae do artigo 149.1.18 da Constitución española ó lle reservar ó Estado a competencia exclusiva sobre as bases do réxime xurídico das administracións públicas. Preséntase unha situación na que a Constitución non lle reserva ó Estado ningunha competencia especificamente referida á materia, pero o Tribunal Constitucional considera que os colexios profesionais non deixan de asimilarse, sequera sexa parcialmente, ás administracións públicas, sobre estes incide a competencia estatal para fixar «as bases do réxime xurídico das administracións públicas»⁴. Así, segundo a reiterada doutrina do Tribunal Constitucional⁵, os colexios profesionais son corporacións de natureza mixta que, aínda cando non constitúen propiamente administracións públicas, posúen unha personalidade xurídico-pública que está acompañada do exercicio de funcións de carácter público atribuídas pola lei ou delegadas pola Administración. Por iso, conclúese que a competencia resultante do artigo 149.1.18º permítelle ó Estado incidir transversalmente na regulación das ditas corporacións. O que inicialmente puido parecer susceptible de cualificarse como competencia exclusiva das comunidades autónomas demostrouse que non o era, como puntualizou o Tribunal Constitucional na Sentencia 20/1988, do 18 de febreiro⁶. Por isto, clarificado xa o alcance das competencias autonómicas, tanto a Lei

² Artigo 44.26 da LORAFNA.

³ Artigo 3.a) da Lei orgánica 9/1992, do 23 de decembro.

⁴ Artigo 149.1.18º da Constitución española.

⁵ Véxase Sentencia do Tribunal Constitucional 20/1988, do 18 de febreiro.

⁶ Véxase o Fundamento xurídico terceiro.

orgánica 9/1992, do 23 de decembro, de transferencia de competencias, coma as reformas estatutarias, cinguíronlle-las competencias autonómicas ó desenvolvemento lexislativo e á execución no marco da lexislación básica do Estado. Debe engadirse que ademais o Estado pode incidir na ordenación e no réxime xurídico dos colexios profesionais xa que constitúen unha forma organizativa típica de determinadas profesións tituladas, e a competencia do Estado para regula-las condicións de obtención, expedición e homologación dos títulos académicos e profesionais⁷, vincúlase directamente á existencia mesma das chamadas profesións tituladas⁸. En definitiva o Estado ademais da súa competencia para regula-los aspectos funcionais e organizativos básicos dos colexios profesionais, está facultado para regular aqueloutros aspectos que caracterizan xuridicamente as profesións tituladas, tales como a determinación das actividades que se comprenden nestas, as obrigacións e os dereitos dos profesionais ou para decidir sobre o seu carácter colexiado ou non. Débese engadir que en función do contido que se lle pretenda dar á regulación das peculiaridades propias do réxime xurídico dos colexios profesionais e do exercicio das profesións tituladas, outros títulos competenciais reservados ó Estado poden entrar en xogo. En particular, a competencia estatal sobre «lexislación de defensa da competencia»⁹, ou a relativa á ordenación da actividade económica no sector concreto dos servizos profesionais¹⁰, son títulos suficientes para lexitimar determinadas medidas estatais; tamén a competencia para fixa-las condicións básicas do exercicio dos dereitos e deberes constitucionais dos cidadáns¹¹, sèrvelle ó Estado como título lexitimador para proceder á reforma da Lei 2/1974, do 13 de febreiro de 1974, de colexios profesionais mediante a Lei 7/1997, do 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de solo e colexios profesionais. É preciso facer unha puntualización a propósito das previsións estatutarias que, ó atribuír-las ás correspondentes comunidades autónomas a competencia exclusiva sobre colexios profesionais e exercicio das profesións tituladas, expresamente deixan a salvo o disposto no artigo 139 da Constitución; unha expresa excepción que obriga a lembrar que as liberdades de circulación e de establecemento afectan por igual a tódalas autoridades e poderes públicos. A regra competencial que resulta da Constitución e dos estatutos de autonomía, debe dar paso

⁷ Artigo 149.1.30º da Constitución española.

⁸ Sentencia do Tribunal Constitucional 122/1989, do 6 de xullo, Fundamento xurídico terceiro.

⁹ Véxase artigo 38 da Constitución española e Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia.

¹⁰ Véxase artigo 149.1.13º da Constitución española.

¹¹ Véxase artigo 149.1.1º da Constitución española.

á determinación subseguinte do alcance dunhas e doutras competencias á luz dos diversos aspectos que compoñen o réxime xurídico dos colexios profesionais. Unha determinación, nembargantes, que, atendendo ó actual marco normativo regulador dos colexios profesionais, resulta verdadeiramente complexa. Esta complexidade débese a dúas causas que é preciso destacar debidamente. En primeiro termo, á propia indefinición constitucional dos perfís que caracterizan á institución constitucional colexial. En segundo lugar, á acción do lexislador estatal, que non só readaptou no seu conxunto a Lei de colexios profesionais de 1974 á nova orde de competencias, senón que, ó abeiro desa indefinición constitucional, non deixou de crear colexios profesionais que non se axustan por completo ó modelo colexial previsto na propia lei. Polo que se refire á primeira causa, hai que ter presente que, segundo a xurisprudencia constitucional, da Constitución non cabe colixi-la existencia dun único modelo de colexio profesional. O Tribunal Constitucional declarou que o artigo 36 da Constitución se limita a impoñer unha reserva de lei para a súa regulación e a ordenar que a súa estrutura interna e funcionamento deberán ser democráticos, sen predetermina-la súa natureza xurídica¹². A Sentencia do Tribunal Constitucional 330/1994, do 15 de decembro, supón para Germán Fernández Farreres a acta de defunción dos colexios profesionais ó concluírse no fundamento xurídico noveno que: «interesa lembrar que a Constitución non impón no seu artigo 36 un único modelo de colexio profesional. Baixo esta peculiar figura con trazos asociativos poden ser englobados polo lexislador estatal, en exercicio da súa competencia para formalizar normas básicas das administracións públicas ex. art. 149.1.18 da Constitución, situacións ben distintas como son as que corresponden ó exercicio de funcións públicas en réxime de monopolio ou de libre concorrencia no mercado como profesional liberal, e con colexiación forzosa ou libre. Do mesmo xeito, non ten por qué erixirse, nos supostos legais de colexiación voluntaria, unha inexistente obrigación constitucional de colexiarse, nun requisito que habilita para o exercicio profesional. E así mesmo é posible que os colexios profesionais asuman a defensa de actividades profesionais que non configuren, en realidade, profesións tituladas. Todos estes extremos poden ser regulados libremente polo lexislador estatal, desenvolvendo o artigo 36, e con cobertura competencial no artigo 149.1.18, ámbolos dous da Constitución». Esta interpretación xurisprudencial aboca, dende logo, a coexistencia, baixo a mesma rúbrica de colexios profesionais, de realidades moi distintas, tantas que practicamente imposibilitan recoñece-la existencia da institución colexial. Realidades que, ó seu xuízo, máis alá do

¹² Sentencia do Tribunal Constitucional 32/1984, do 20 de febreiro.

simple *nomen iuris*, nalgúns casos determinan que os chamados colexios profesionais non presenten xa singularidade nin especificidade ningunha por relación ó que son simples entes asociativos. Preséntase unha dificultade adicional no feito de que o Estado non dictou unha lei básica de colexios profesionais. E é que, sen prexuízo dalgunhas modificacións¹³, mantense a vixencia da Lei de colexios do 13 de febreiro de 1974, o que, máis alá dos preceptos desta, declarados básicos pola disposición final segunda da Lei 7/1997 do 14 de abril, establece a dúbida sobre a súa aplicabilidade directa ou supletoria. Esta dúbida agravouse na medida en que a maioría das comunidades se dotaron xa da súa propia normativa, e incorporaron previsións non sempre conciliables coa estatal. Constatase a existencia de colisións normativas que non deixan de suscitar inseguridade á hora de ter que determinar se a normativa autonómica incorre en inconstitucionalidade, ou se, pola contra, resulta plenamente válida. Preséntase unha situación complexa, na que o máis grave é que se esvaezan os perfís da institución. A determinación das profesións ás que pode estenderse a estrutura colexial e a esixencia ou non de colexiación para o exercicio das profesións colexiadas, son dúas cuestións que gardan entre si unha directísima relación. No tocante á configuración de novas profesións colexiadas, o artigo 4.1 da Lei de colexios profesionais limítase a sanciona-lo principio de reserva de lei e a recoñece-la iniciativa dos profesionais interesados. En principio, de acordo coa lexislación autonómica e ante a falta de norma estatal básica que considere esta cuestión, nos ámbitos territoriais das comunidades autónomas, e en relación cos profesionais que desenvolven a súa actividade nestes, a decisión parece que a estas debe corresponder. Do mesmo xeito que o Estado pode estende-la lexislación a calquera profesional ou, incluso, a non titulados, tamén as comunidades autónomas poden facelo se ben a xeneralidade das leis autonómicas condicionaron a extensión da colexiación a que se trate de profesionais que requiren titulación oficial. Non obstante, esa competencia autonómica para configurar novas profesións colexiadas non deixa de ser problemática. Na práctica, certamente, non se cuestionaron as leis de creación dos novos colexios; pero isto non é óbice para recoñecer que, se se mantén ó alcance que a competencia estatal relativa ó exercicio profesional se deu pola propia xurisprudencia constitucional, só ó Estado tería que corresponderlle a determinación das profesións colexiadas, obviando así que unha mesma profesión poida ser colexiada nuns ámbitos territoriais e non noutros. Incluso podería manterse que se algún aspecto hai respecto do que non caiba dubidar acerca do seu carácter básico na lexislación estatal sobre

¹³ Lei 74/1978, do 26 de decembro, e máis recentes efectuadas polo Real decreto-lei 5/1996, do 7 de xuño, e posterior Lei 7/1997, do 14 de abril.

colexios profesionais, é precisamente este, o da creación de novos colexios profesionais. É verdade que o problema pode perder entidade se a extensión da organización colexial non se acompaña da esixencia de colexiación como requisito ineludible para o exercicio profesional, ou se, aínda esixida, non se prevén, ou non se adoptan, medidas efectivas contra aqueles profesionais que actúan sen estar colexiados. Unha cuestión esta na que a debilidade do sistema resulta manifesta, xa que non existe un mecanismo efectivo que garanta a obrigatoriedade da colexiación. A eliminación no vixente Código penal da falta que no anterior código tipificaba no artigo 572 (que castigaba con multa a «o titulado ou habilitado que exerce a súa profesión sen encontrarse inscrito no respectivo colexio, corporación ou asociación oficial, sempre que sexa esixido regulamentariamente este requisito»), unido ó feito de que a potestade sancionadora dos colexios non alcanza a quen non forma parte da corporación, determinou, en efecto, un baleiro que relativiza moito o alcance efectivo da colexiación obrigatoria. As leis xerais de colexios profesionais que dictaron as comunidades autónomas non se apartan da referida norma básica estatal, limítanse a fixa-las condicións e os requisitos dos que poden acceder á colexiación. Supostos todos estes que automaticamente deberían conducir a considerar inconstitucionais as correspondentes leis autonómicas se non fora porque tampouco faltaron leis estatais de creación e colexios que optaron por configura-lo requisito da colexiación como voluntario. Se se prescinde, pois, da colexiación obrigatoria, resólvese en gran parte o problema competencial. Pero, as consecuencias para a institución son decisivas. Unha profesión colexiada que non lles obriga ós profesionais a colexiárense para exercer-la profesión non deixa de ser un contrasentido. Claro é, que se chega tamén a evita-lo límite da liberdade negativa de asociación¹⁴, que, tal e como sinalou a xurisprudencia constitucional, obriga a xustifica-lo interese público e as funcións concorrentes para que o profesional quede obrigado a formar parte da corporación.

O segundo relator foi José María Baño León, catedrático de dereito administrativo na Facultade de Dereito da Universidade de Valencia, que falou sobre as profesións tituladas e sobre os colexios profesionais. Comezou a súa exposición afirmando que calquera análise sobre o exercicio dos profesionais titulados e os colexios profesionais ten que partir do presuposto inescusable da liberdade de elección e de exercicio profesional. Coma a liberdade de empresa, a libre elección e o exercicio de profesión ou de oficio forma parte esencial do universo da economía de mercado, pois se trata dunha liberdade fundamental, sen a que difícil-

¹⁴ Artigo 22.1 da Constitución española.

mente se podería subsistir. E xunto coa propiedade privada constitúen a tríade dos dereitos básicos da constitución económica. Así, os artigos 35 e 36 da Constitución española consagran a liberdade para elixir-la profesión ou o oficio no artigo 35; e o artigo 36 remite á lei para que regule o exercicio das profesións tituladas. Máis alá do teor literal dos preceptos, non cabe dúbida ningunha de que tanto a liberdade de elección coma de exercicio están suxeitas á reserva de lei, o que non impide que esta se remita ó regulamento con bastante amplitude. Dúas son as características que destacan na liberdade de elección e de exercicio profesionais. A primeira, trátase dun tipo de dereito dos denominados negativos, é dicir, que garanten un certo ámbito inmune ó poder que só pola forza da lei pode reducir ou limita-las liberdades profesionais. Na segunda característica o campo que o lexislador ten á súa disposición é vastísimo. A fixación do número e competencias de cada profesión, sexan exclusivas ou compartidas, os procedementos para acceder á profesión respectiva, a condición do seu exercicio dependen case por completo do lexislador, de tal xeito «non hai un 'contido social' constitucionalmente garantido de cada profesión, oficio ou actividade empresarial concreta¹⁵». Ó trasladar-las dúas notas características á relación entre lei e regulamento, pode dicirse que as restricións básicas ó acceso e ó exercicio da liberdade profesional requiren da súa previsión nunha lei, pero o desenvolvemento dos contidos de cada profesión é materia substancialmente regulamentaria, como reitera unha e outra vez a xurisprudencia restrictiva cando se trata de limita-la liberdade do profesional¹⁶. Hai que destacar tamén o grave problema das limitacións para o acceso ó exercicio profesional a quen xa dispón do título. En España a posesión do título universitario bastou por regra xeral para permiti-lo exercicio da profesión, pero cada vez se alzan máis voces para esixir novos requisitos de acceso. Ben mirado as restricións ó exercicio profesional dos titulados existían xa para a maioría das especialidades médicas e farmacéuticas, de modo que a simple titulación en medicina non serve para exercer unha especialidade. Agora o que se pretende, polo menos polos colexios de avogados, é que o título de licenciado en dereito non habilite *per se* para o exercicio profesional da avogacía, senón que requira de probas complementarias. Calquera que sexa a solución que se postule do que non cabe a menor dúbida é que tería que se-lo lexislador quen decidira tal restricción. Non cabe segundo o profesor Baño León que os estatutos xerais da profesión establezan estas limitacións sen vulnerar abertamente a reserva de lei do artigo 35 da Constitución española.

¹⁵ Véxase a Sentencia do Tribunal Constitucional 83/84.

¹⁶ Véxase a Sentencia do Tribunal Supremo do 18 de outubro de 1989.

Respecto ó condicionamento do exercicio da profesión á obtención dun título universitario, o lexislador pode prever que determinadas profesións só poidan exercerse por quen acredite posuír un determinado título universitario¹⁷. Dende un punto de vista sociolóxico, o estamento profesional tiña unhas características comúns netamente diferentes dos traballadores, funcionarios e empresarios. Hoxe en día, aínda permanecen algúns trazos distintivos orixinais, a evolución das profesións modificou substancialmente o panorama. As novas circunstancias sociolóxicas influíron enormemente na regulación xurídica, polo que favoreceron dunha banda a hipertrofia de titulacións, e, doutra, romperon os elementos de homoxeneidade dalgunhas profesións. A ruptura máis salientable da estrutura profesional tradicional propiciouna o principio de libre competencia. As regulamentacións profesionais non desaparecen pero perden o seu papel predominante na ordenación da vida profesional. Hoxe predomina a consideración da actividade profesional coma un mercado de servizos, baseado na liberdade económica, así as regulacións restrictivas non son a principal fonte do dereito das profesións, senón o dereito da competencia. Isto é un fenómeno común a toda Europa e que agora expresa xuridicamente no artigo 2.3 da Lei de colexios profesionais: «Os acordos, decisións e recomendacións dos colexios con transcendencia económica observarán os límites do artigo 1 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia...».

Respecto ó condicionamento do exercicio profesional para a alta nun colexio profesional partimos dunha situación clásica na que este se condiciona non só á posesión do título correspondente; esíxese ademais a alta no colexio profesional. A regulación xurídica dos colexios profesionais en moitos países europeos caracterizouse pola heteroxeneidade normativa e a regulación dos colexios profesionais, senón normas específicas sobre cada profesión, cunha organización peculiar. España é unha excepción a esta tónica xeral dende o ano 1974. A orixe da nosa lei obedece ás particulares circunstancias políticas do derradeiro período do franquismo¹⁸. A Lei de 2/1974, do 13 de febreiro, senta o principio xeral da alta no colexio profesional como requisito «*sine qua non*» para exercer a profesión, de tal xeito que se unha profesión se agrupa nun colexio profesional, a colexiación é condición previa ó exercicio. Esta esixencia de colexiación obrigatoria non cumpre en realidade na práctica en tódolos casos, tanto pola especial natureza dalgúns colexios coma pola cir-

¹⁷ Véxase artigo 36 da Constitución española.

¹⁸ Véxanse:

«Los colegios profesionales en el derecho administrativo español» de M. Baena del Alcázar. Madrid 1968. «Régimen jurídico de los colegios profesionales» de L. Calvo S.

cunstancia de que as leis constitutivas dalgúns colexios expresamente prevén que a alta sexa voluntaria. Tampouco existiu coherencia no lexislador para preve-las consecuencias xurídicas do incumprimento. Desaparecida a falta prevista no artigo 572 do Código penal de 1973, a quen exerce unha profesión sen posuír «título profesional», pois entenden que o Código penal de 1973 só castigaba a quen exercía sen ter unha profesión para a que se requira título académico. Sorprendentemente o Código penal de 1995, no seu artigo 403 castiga non só a quen non posúe «título académico» senón «título oficial»: «O que exercer actos propios dunha profesión sen posuí-lo correspondente título académico expedido ou recoñecido en España de acordo coa lexislación vixente, incurrirá na pena de multa de seis a doce meses. Se a actividade profesional desenvolvida esixise un título oficial que acredite a capacitación necesaria e habilite legalmente para o seu exercicio, e non se estiver en posesión do dito título, imporase a pena de multa de tres a cinco meses. Se o culpable, ademais, se atribuíse publicamente a calidade de profesional amparada polo título referido, se lle imporá a pena de prisión de seis meses a dous anos». Resulta verdadeiramente sorprendente que o Código penal cualifica de intrusionés o exercicio sen título de actividades que estean suxeitas exclusivamente a título profesional, non ó académico.

Máis sorprendente é aínda a apelación á tutela penal renovada das profesións con título non académico se se contrasta coa amplísima xurisprudencia da sala 3ª relativa ós títulos de formación profesional que nalgúns casos se refiren a profesións cun gran campo no mercado. O Tribunal Supremo estableceu unha doutrina moi consolidada en relación coa impugnación deste título. Así o Supremo rexeita que a audiencia ás organizacións profesionais na tramitación das disposicións sexa preceptiva. En relación coa reserva de lei sobre o exercicio das profesións tituladas, o Tribunal afirma que non hai posible confusión entre as funcións previstas nos títulos de formación profesional e as das organizacións profesionais recorrentes, pois os respectivos títulos amparan ámbitos específicos de competencias. Rexéitase que a definición do ámbito competencial dos titulados en formación profesional lesione o honor e a imaxe dos titulados superiores, non só porque este dereito fundamental non ten nada que ver co uso dun título universitario, senón pola supremacía profesional e científica dos profesionais titulados sobre os técnicos de formación profesional. Así pois a xurisprudencia do Tribunal Supremo estableceu con acerto que a posesión dun título de formación profesional non pode equipararse ó dun título académico que dá acceso a unha profesión titulada. Estes títulos só implican a aptitude dunha persoa para desenvolver unha actividade, pero non constitúe a regulación dunha profesión nin denotan exclusividade: o ámbito de actividade ó que afecta o título está aberto á libre iniciativa persoal. O contraste é moi acusado respecto á tendencia mani-

festada polo Código penal, pois se se protexen títulos profesionais e non simplemente os académicos, se está a considerar implicitamente que a realización de certas actividades queda condicionada á posesión dun título. Segundo o profesor Baño León o título profesional faculta exclusiva e concurrentemente con outros títulos ó exercicio de determinadas actividades. E este é o punto nuclear da cuestión, «os títulos profesionais coma os de formación profesional ou tipicamente administrativos coma os de xestores administrativos ou os de axentes da propiedade inmobiliaria non constitúen o campo propio dunha profesión baseada nunha determinada *lex artis* senón simples actividades regulamentadas para as que o título constitúe simplemente unha presunción de aptitude e non a exclusiva total ou parcial sobre o exercicio de determinadas actividades».

O último relatorio da mañá foi o exposto por Celeste Gay Fuentes, profesora titular de dereito administrativo da Universidade Complutense de Madrid, sobre a Lei catalana do Colexio Profesional de Xornalistas. Comezou destacando que a creación do Colexio Profesional de Xornalistas de Cataluña mediante Lei do Parlamento catalán en 1985, constituíu o primeiro intento de transformalo Estatuto da profesión periodística, facendo desta unha profesión titulada e sometida a colexiación. A regulación da profesión iníciase incluso antes do recoñecemento normativo da liberdade de información, así, se este recoñecemento non se produce ata mediados do século XX, nas declaracións de dereitos humanos, a regulamentación dos xornalistas, como elementos centrais do proceso de comunicación pública tivo o seu punto de arranque na década dos anos vinte, coma unha máis das técnicas de control sobre os procesos de comunicación nos réximes totalitarios. En España o control dos xornalistas principiou en 1924, e atopou o seu maior desenvolvemento no marco da Lei de 1938 de Serrano Suñer, mediante a creación dun rexistro oficial de xornalistas. A Lei de prensa e imprenta de 1966 continuou na mesma liña. No artigo 33 desta lei remitíase a un decreto posterior ó establecemento do Estatuto da profesión periodística, pero establecía xa os principios básicos sobre os que debía basearse a norma regulamentaria. Tales principios traducíronse no mantemento do Rexistro Oficial de Xornalistas, a cargo do Ministerio de Información e Turismo, e no que era necesario inscribirse para poder exercer profesionalmente o xornalismo e na configuración da Federación de Asociacións da Prensa (FAPE) como un colexio profesional sindical, de inscrición obrigatoria, á que se lle encomendaba a función de outorgarlle-los carnés de prensa ós profesionais inscritos no rexistro profesional. A estes requisitos previos o Estatuto da profesión periodística, aprobado polo Decreto 744/1967, do 13 de abril, engadiu o da titulación académica oficial. Trala aprobación da Constitución, aínda que non se derogou expresamente o artigo 33 da Lei de prensa e imprenta, entendeuse que o modelo de organización da profesión periodística que

consideraba aquela lei e as súas normas de desenvolvemento era incompatible coa nova orde constitucional. Así, o rexistro oficial cancelouse trala interpretación dada pola Secretaría de Estado o 30 de xuño de 1982 en contestación á solicitude realizada pola Federación de Asociacións da Prensa. Cancelado o rexistro, entendeuse tamén inaplicable o requisito de titulación oficial para o exercicio profesional do xornalismo. Por último, o principio de colexiación xa perdera toda vixencia unha vez desaparecida a organización sindical derivada da Lei de 1971 en virtude da Lei 19/1977, do 1 de abril, sobre regulación do dereito de asociación sindical; por todo isto a FAPE transfórmasse e constitúese ó amparo da nova lei como asociación profesional en novembro de 1977. A profesión periodística pasou a configurarse como unha actividade que non é titulada, pese a contar cun título profesional que capacita para o seu exercicio, e que tampouco está suxeita a requisito adicional ningún para o seu acceso e desenvolvemento, en suma, é unha actividade non regulada, unha profesión libre dende o punto de vista dos requisitos legais para o seu exercicio. En Cataluña o Parlamento catalán aprobou a Lei 22/1985, do 8 de novembro, de creación do Colexio Profesional de Xornalistas de Cataluña, a petición da Asociación de Prensa de Barcelona. A determinación das profesións que son tituladas, é dicir, que para o seu exercicio se precisa un determinado título oficial, así como a creación dun colexio profesional específico, son decisións que se encontran reservadas ó lexislador, así o artigo 36 da Constitución indica que «a lei regulará as peculiaridades propias do réxime xurídico dos colexios profesionais e o exercicio das profesións tituladas». Por outra banda, a Lei estatal de colexios profesionais sinala no seu artigo 4.1 que «a creación de colexios profesionais farase mediante lei, a petición dos profesionais interesados...». A reserva de lei para adoptar ámbalas dúas decisións non prexulga a competencia das comunidades autónomas en materia de profesións tituladas e de colexios profesionais. Así, Cataluña, segundo o seu estatuto, ten atribuída a competencia exclusiva sobre «colexios profesionais e exercicio das profesións tituladas, sen prexuízo do disposto nos artigos 36 e 139 da Constitución», polo que ten aprobada a súa correspondente Lei 13/1982, do 17 de decembro, de colexios profesionais, na que se sinala que «a extensión da organización colexial a profesións distintas daquelas que actualmente a posúen só será posible por Lei do Parlamento de Cataluña». Segundo isto, na lei catalana se prevé expresamente a posibilidade de crear colexios profesionais novos para profesións que desenvolvan de forma libre segundo o ordenamento xurídico estatal. A Lei 22/1985 definía o Colexio Profesional de Xornalistas de Cataluña como unha corporación de dereito público que agruparía os xornalistas que exerzan a profesión no territorio de Cataluña, polo que a colexiación obrigatoria parecía a única posible ou coherente co establecido tanto na Lei 2/1974, coma na lei catalana de

colexios profesionais. O xornalismo, deste xeito, devíña en Cataluña nunha profesión titulada e sometida a colexiación forzosa, mentres que no ordenamento estatal considerábase unha profesión libre. A aprobación deste modelo de organización da profesión periodística suscitou unha viva polémica entre tódolos sectores afectados e o «Defensor del Pueblo» interpuxo un recurso de inconstitucionalidade contra a lei. Anos máis tarde o Parlamento catalán aprobou a Lei 1/1988, do 26 de febreiro, de modificación da Lei inicial de 1985, eliminando calquera referencia de obrigatoriedade na incorporación ó colexio. Respecto á necesaria definición da profesión periodística, hai que sinalar en primeiro lugar que a propia Constitución, cando considera no artigo 20.1.d), tras recoñece-lo dereito a comunicar e a recibir libremente información veraz, o segredo profesional e a cláusula de conciencia, está demandando a definición da profesión periodística. Sen embargo, a cláusula de conciencia desenvolveuse mediante a Lei orgánica 2/1997, do 19 de xuño, sen incluír ningunha definición dos profesionais da información que son os destinatarios básicos dese dereito específico. A cuestión quedaría unicamente en pé, respecto ó segredo profesional aínda pendente de desenvolvemento legal, se ben a propia cualificación que fai a Constitución do segredo como «profesional» induce á necesidade de determinar quen son os profesionais da información. Outro factor a ter en conta co gallo de xustificar a esixencia de requisitos para o acceso á profesión periodística está nas negativas repercusións que en termos de liberdade de información pode te-lo feito de que sexan as empresas as que definan quen é xornalista mediante a contratación laboral, se ben parece esquecerse con esta hipótese de que aínda que a norma declare que son xornalistas tódolos licenciados en xornalismo colexiados, continuará existindo a facultade das empresas de comunicación de determinar qué suxeitos van intervir, dentro dos que reúnan os requisitos legais, de forma habitual e remunerada no exercicio da liberdade de información. Deféndese frecuentemente que a esixencia da titulación universitaria para o exercicio profesional do xornalismo garante a calidade da información elaborada e difundida, e fronte a este argumento pode sinalarse que o feito de que a liberdade de información só se exerza por profesionais titulados, non garante de por si a veracidade da información, pois a calidade da información non é un requisito esixido pola Constitución. A restricción que a colexiación forzosa supón ás liberdades de asociación, de exercicio profesional e á liberdade de información, determina que a colexiación obrigatoria só pode xustificarse se concorren motivos específicos de intereses públicos, se é necesaria a restricción para garantir outros bens e dereitos constitucionais, tal e como reiterou o Tribunal Constitucional. Cataluña demandou no seu Estatuto de autonomía a competencia exclusiva en materia de colexios profesionais e profesións tituladas, sen embargo, hai razóns suficientes para

entender que as decisións de configurar unha determinada profesión como titulada e de crear un colexio profesional específico deben ser adoptadas polo Estado mediante lei, pois o artigo 149.1.1 resérvalle ó Estado a regulación das condicións básicas que garanten a igualdade de tódolos españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais.

Proseguiu a sesión pola tarde coa intervención de Enrique Gómez-Reino y Carnota, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela. O relator comezou a súa exposición sobre a Lei galega do Colexio Profesional de Xornalistas destacando o consenso logrado coa súa aprobación. Só se logrou, nos últimos anos, este consenso no Parlamento de Galicia na Lei 6/1999, do 1 de setembro, na Lei 3/1996, do 10 de maio, de protección do Camiño de Santiago, e na Lei 2/1999, do 24 de febreiro, de creación do Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia. O proxecto de lei desta última foi presentado pola Xunta de Galicia no Parlamento o 18 de maio de 1998 e aprobouse o 9 de febreiro de 1999. Ó texto do anteproxecto só se lle presentaron dúas emendas por dous dos catro grupos parlamentarios (o do BNG e o do PsdeG-PSOE). De todo o proceso parlamentario habería que destaca-la marxinalidade dos debates parlamentarios da cuestión de fondo: o papel dos xornalistas nunha sociedade democrática e a elección da forma ou formas organizativas máis apropiadas para a defensa dos seus intereses e os da comunidade. Nos países do noso contorno cultural, integrantes da Unión Europea, o xornalismo é unha profesión libre, no sentido de que para o seu exercicio profesional non se necesita ningunha titulación especial, senón que é a práctica profesional acreditada a que lexítima para o exercicio profesional. E isto é así excepto en Italia e Portugal, países nos que a regulamentación legal da profesión vai por outros camiños, o que se debe basicamente a razóns históricas. En España, a Lei do 18 de marzo de 1966 esixía para ser xornalista un título profesional expedido pola Escola Oficial de Xornalismo ou da Igrexa León XIII, a inscrición nun rexistro oficial *ad hoc* e a colexiación obrigatoria en vía sindical. A Constitución de 1978 finalizou definitivamente con este sistema e así o entendeu tamén o secretario de Estado para a Información, que en contestación a un escrito do presidente da Federación de Asociacións da Prensa estimaba derogado o artigo 33 da lei no relativo ó Rexistro Oficial de Xornalistas. A profesión periodística, a partir dese momento é libre, polo que a súa defensa como colectivo profesional se produce pola vía asociativa privada –asociacións da prensa–, así como pola vía sindical. O acceso ó colexio profesional ábrese por primeira vez en 1985 en Cataluña. Como un dos trazos principais da lei galega pódese destacar que é unha lei breve, que consta de só tres artigos, unha disposición adicional, dúas transitorias e unha final. No artigo 1 créase o colexio profe-

sional, como administración corporativa de dereito público, e personalidade xurídica propia con plena capacidade para o cumprimento dos seus fins. No artigo 2 delimitase o seu ámbito de actuación, que é o territorio da Comunidade Autónoma. No terceiro delimitase quén poderá ser membro, con carácter voluntario, do colexio. Contén así mesmo unha prevención con respecto ós estudantes que superasen o primeiro ciclo de xornalismo, os cales poderán inscribirse tamén, aínda que non con plenos dereitos, se ben terán finalmente este carácter cando rematen os seus estudos. Ademais destes titulados, poden acceder outros colectivos de xornalistas que reúnan determinados requisitos. É destacable que no caso catalán xa existía unha lei xeral de colexios profesionais, o que non acontecía no momento de creación do Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia, configurado mediante unha lei *ad hoc*. E é Galicia unha das seis comunidades autónomas nas que aínda non existe unha normativa xeral sobre colexios profesionais. Por outra parte, a creación de novos colexios sen unha intervención previa estatal constitúe unha situación anómala que se expandiu por múltiples comunidades autónomas. En todo caso, a exposición de motivos da lei galega refírese para a creación do colexio, entre outros textos «polo disposto no artigo 4.1 e demais concordantes da Lei 2/1974, do 13 de febreiro, de colexios profesionais (o que establece que «a creación de colexios profesionais farase mediante lei, a petición dos profesionais interesados...»). O lexislador autonómico entendeu que a competencia para a creación do colexio é súa, e non do Estado. Sobre a constitucionalidade desta situación, hai que destacar que o Tribunal Constitucional entendeu na Sentencia 20/1988, do 18 de febreiro que o artigo 36 da Constitución española non pode ser entendido como norma atributiva de competencia lexislativa ó Estado, ó tempo reconece que «permite entender que a lei a que se refire o artigo 36 ha de ser estatal en canto á fixación dos criterios básicos en materia de organización e competencia das corporacións públicas profesionais. O Tribunal Constitucional reconece a competencia do Estado para establecer mediante lei o núcleo mínimo uniforme de regularización destas corporacións de dereito público, sen priva-la Comunidade Autónoma do seu ámbito de libre opción política en que consiste a súa autonomía (STC 76/1983, do 5 de agosto). Á luz da xurisprudencia constitucional, é patente que as comunidades autónomas, a través de leis singulares de creación de colexios profesionais fixeron caso omiso ó carácter básico de tal decisión, e crearon novos colexios inexistentes no ámbito estatal. Por outra banda, os diferentes requisitos que puidesen esixilas comunidades autónomas para a creación de colexios profesionais poderían impedi-la necesaria esixencia mínima de homoxeneidade estatal nesta materia, o que estaría en contradicción co carácter básico da colexiación única, segundo a nova redacción dada ó artigo 3.2 da Lei es-

tatal de colexios profesionais tomada da Lei 7/1997, do 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia do solo e de colexios profesionais. En Galicia existen diferencias substanciais con respecto á lei catalana, esas diferencias materialízanse na cuestión da incorporación ó colexio, no caso da lei galega a incorporación é libre, sempre e cando se reúnan determinados requisitos, que á súa vez son destinos segundo se trate do período único transitorio que abre a lei ou despois deste. No período transitorio, que se pecha seis meses logo da publicación da norma, catro colectivos distintos de persoas teñen dereito a incorporarse ó colexio profesional:

a) Os titulados en xornalismo que cursaran estudos nas facultades de Ciencias da Información, Ciencias da Comunicación ou Ciencias Sociais.

b) Os titulados en imaxe ou comunicación audiovisual que acrediten estar a desenvolver labores informativos. Hai que lembrar que para os efectos da Unión Europea os nacionais de calquera país da Unión que segundo a súa lexislación obtiveran os títulos universitarios equivalentes ós relacionados na lei galega, tamén teñen dereito a incorporarse ó colexio.

c) Os xornalistas inscritos no Rexistro Oficial de Xornalistas da FAPE con anterioridade á creación deste colexio profesional. Trátanse na súa maioría de aqueles xornalistas titulados nas antigas escolas de xornalismo que non tiñan carácter universitario superior.

d) Os profesionais que proben o exercicio da actividade periodística de modo principal, habitual e retribuído na data da publicación no Boletín Oficial do Parlamento de Galicia do proxecto de lei de creación do Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia.

Unha vez superado o período transitorio só poderán integrarse os titulados universitarios en xornalismo e aqueles titulados asimilados (licenciados en imaxe ou comunicación audiovisual), sempre que acrediten estes últimos que están a desenvolver labores informativos. O colexio profesional convértese nunha institución de determinados profesionais titulados, o que supón un problema importante, na medida que, como sinalou o Tribunal Constitucional na Sentencia 122/1989, do 6 de xullo, determinar cando unha profesión debe pasar a ser unha profesión titulada é unha competencia exclusiva que exerce o lexislador estatal para, atendendo ás esixencias de interese público e ós datos producidos pola vida social, determinar cando unha profesión debe pasar a ser profesión titulada. Na Constitución non existe ningunha referencia expresa ós xornalistas, se ben no artigo 20, que consagra os dereitos da comunicación pódense atopala cláusula de conciencia e o segredo profesional que se encontran directamente conectados coa liberdade de informar. O segredo profesional configúrase como garantía dos informadores no artigo 20. Poucas son as previsións explícitas da Constitución acerca dos xornalis-

tas, se ben o Tribunal Constitucional elaborou progresivamente unha doutrina substancial que entende que o xornalismo é unha profesión libre no sentido de que o seu exercicio non require contar con título ningún, xa sexa académico ou profesional, é dicir, que pode exercelo calquera cidadán. Segundo isto, ha de precisarse que o Estado, ou mellor o lexislador estatal pode establecer determinadas titulacións universitarias coa soa finalidade de recoñecer para os efectos oficiais unha serie de saberes, o que capacita para o desenvolvemento de actividades profesionais que son libres en tanto non existe unha reserva específica de atribucións profesionais conectadas a ese título. É, precisamente, o que acontece co título de xornalista, pois para escribir nun xornal non fai falla te-lo título profesional, senón, simplemente, saber escribir, o que non é fácil, certamente. Os colexios profesionais, asociacións e sindicatos son constitucionalmente formas asociativas diferenciadas de organización dos profesionais, e respecto ós primeiros a propia Constitución establece que a lei regulará as peculiaridades propias do réxime xurídico dos colexios profesionais no seu artigo 36. A diferenza das asociacións, sindicato e organizacións profesionais, que poden crearse libremente, esta nota non é predicable dos colexios profesionais, que só poderán ser creados polo lexislador. En definitiva, son tres as formas asociativas das que poden dispoñer os xornalistas á hora de elixi-la canle máis eficaz para a defensa dos seus dereitos profesionais ou individuais, se ben as raíces da solución ós problemas que presenta o dereito á información atópase noutra parte, e parece que sería moi axeitado unha nova lei xeral de comunicación. Esta lei debería recolle-la distribución constitucional do poder no seo da empresa de comunicación, tendo que definir cáles son os deberes e dereitos constitucionais dos empresarios, dos directores e dos xornalistas, así como a implantación de sociedades de redactores, co obxectivo de preservar-la liberdade e independencia dos xornalistas.

Logo da presentación da mesa redonda polo profesor Enrique Gómez-Reino principiou a falar Arturo Maneiro Vila, presidente da Comisión Xestora do Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia, reforzando a idea da necesidade da existencia dun colexio profesional de xornalistas de Galicia. Destacou que existe unha necesidade profesional de regula-la profesión ante certas lagoas legais e asegurou que o colexio só poderá saír adiante se hai vontade dos xornalistas de que isto aconteza. Búscase coa creación do colexio logra-la vertebración da profesión, na que todos deben ter un obxectivo común e ó tempo débense de evitar posibles instrumentacións, por isto o colexio debe ser nacido con total independencia das administracións públicas e das empresas, dos partidos políticos e dos sindicatos. Tamén advertiu da necesidade que teñen os profesionais de evita-las loitas internas que tanto debilitaron as asociacións da prensa. Para rematar, o relator resaltou o feito de que a in-

mensa maioría dos xornalistas depositaron a súa confianza na creación do colexio profesional co gallo de lograr unha verdadeira unidade de acción e así poder acadar un colexio verdadeiramente forte e eficaz.

Continuou esta primeira rolda de intervencións Xosé López García, decano da Facultade de Ciencias da Información da Universidade de Santiago de Compostela, que destacou o apoio da facultade á creación do colexio dado que un dos obxectivos da Facultade de Xornalismo é a formación dos comunicadores e o fomento da investigación, así como promove-la reciclaxe profesional e contribuír á vertebración profesional. O xornalismo dispón de tres fórmulas para a vertebración que son o colexio profesional, as asociacións profesionais e os sindicatos. Vista a experiencia dos últimos vinte anos, en Galicia considérase prioritaria a creación do colexio; para facer esta aseveración baséase na experiencia previa do colexio de Cataluña e na dos distintos profesionais e investigadores galegos retornados que participaron na creación deste colexio, así como na fragmentación da profesión e no pulo que tivo por parte dos xornalistas dun texto da segunda metade dos anos 80 que aprobou a Asociación da Prensa de Santiago e que posteriormente foi aprobado pola que por entón era a Federación das Asociacións de Prensa de Galicia. A lei que foi finalmente aprobada non é o texto que lle gustaría á facultade nin o que defendeu, así e todo apoiouno, dado que foi aprobado maioritariamente na asemblea que se convocou en Santiago para o efecto e que tódalas partes cederon nas súas formulacións iniciais. Xosé López rematou a súa exposición defendendo a potenciación de todo tipo de medidas para fomentar tanto a sindicación coma o asociacionismo profesional coa finalidade de favorecer-la actividade do colexio.

De seguido tomou a palabra Lois Celeiro Álvarez, xefe do Gabinete de Comunicación da Universidade de Santiago de Compostela, e significou que para establece-la necesidade dun colexio de xornalistas hai que formularse «o que é ser xornalista» dentro do novo contexto que se presenta para a profesión. Así a tarefa de comunicar e informar debe estar suxeita e debe defender a unha pluralidade de valores que a sociedade precisa: calidades que posúen as cousas na súa relación co home, por isto é preciso regulamentar dalgunha forma o acceso á profesión. O colexio profesional pode supoñer unha brillante iniciativa para prestixia-la profesión, axudar a mellora-las condicións laborais así como o prestixio e a consideración social. A finalidade principal dos medios de comunicación social é reforza-los valores de igualdade, de liberdade e de xustiza. Acadar estes tres valores presenta grandes dificultades, polo que se o colexio profesional se emprega para a consecución destes valores será unha grande oportunidade que se debe aproveitar. Así dentro do eido da liberdade é imposible que os medios de comunicación sexan iguais cando nin sequera os receptores o son, así un trato de igualdade nos medios de comunica-

ción é moi difícil como tampouco é igual o criterio, a formación, a capacidade ou a información dos intermediarios entre os feitos e a xerarquía do medio de comunicación. En relación coa liberdade, os xornalistas dispoñen, en igual medida, de toda a liberdade para interpreta-los feitos pero cando actúan como profesionais da información están vinculados polas ordes que lles veñen impostas, normalmente do poder económico e non do poder político. O terceiro gran valor que hai que respectar polos medios de comunicación, é o da xustiza, que tamén resulta problemático porque o carácter inmediato e a prontitude da comunicación pode supoñer unha falta de profundidade. Referiuse tamén Lois Celeiro ós xornalistas que non traballan nos medios de comunicación, e sinalou que na inmensa maioría dos gabinetes de comunicación os profesionais están ligados por unha relación de confianza, e polo tanto, son os responsables das organizacións os que determinan as estratexias que haxa que seguir polos comunicadores. A esta situación hai que engadi-lo feito de que están vinculados laboralmente como autónomos, sendo moi poucos os funcionarios ou laborais. Finalizou destacando o criterio da comunicación como negocio pois «no grande esquema industrial concibido polos patróns das empresas de entretemento constátase que a información se considera antes que nada coma unha mercadoría e que este carácter predomina amplamente respecto á misión fundamental dos media, é dicir, respecto de aclarar e enriquece-lo debate democrático.

Continuaron as intervencións os representantes das organizacións sindicais. En primeiro lugar, Xosé Patricio Núñez Losada, como representante de USO sinalou a necesidade de que tódolos profesionais concurran xuntos para que o Colexio Profesional de Xornalistas poida saír adiante. Ó tempo vén destaca-la importancia do profesionalismo, da independencia, e da non inxerencia dos partidos políticos; para rematar sinalando a necesidade de abri-lo xornalismo ó resto de profesionais da comunicación que desenvolven o seu labor neste ámbito.

Valentín Tato Sánchez, representante da UXT, considera que no día de hoxe os xornalistas xa non teñen as características propias dun profesional liberal, froito dunha imaxe romántica rescatada dun tempo que non existiu nunca como tal en España. Sinalou tamén a desaparición da imaxe do xornalista romántico que busca por encima de todo a verdade e chegar ó fondo das noticias. Hoxe en día o xornalista é ante todo un traballador por conta allea e así o din as estatísticas de que se dispón. Así en España hai uns 20 000 xornalistas dos que uns 14 000 traballan en medios de comunicación; uns 4 000 en gabinetes de prensa e tan só uns 1 000 o fan como independentes, *free-lancers* ou colaboradores; incluso nestes últimos as formas de contratación no mercado de traballo modifican a condición de profesional liberal. Coida Valentín Tato que o marco do colexio profesional non é a solución correcta á problemática

actual dos xornalistas e manifesta a súa preocupación polo acceso á profesión, reclamando a existencia a través dos convenios colectivos duns requisitos de acceso. Destaca tamén a situación actual marcada pola concentración dos medios de comunicación coas posibles limitacións que poden supoñer para un profesional no seu exercicio da liberdade de información se se ten en conta a precariedade nas condicións de traballo.

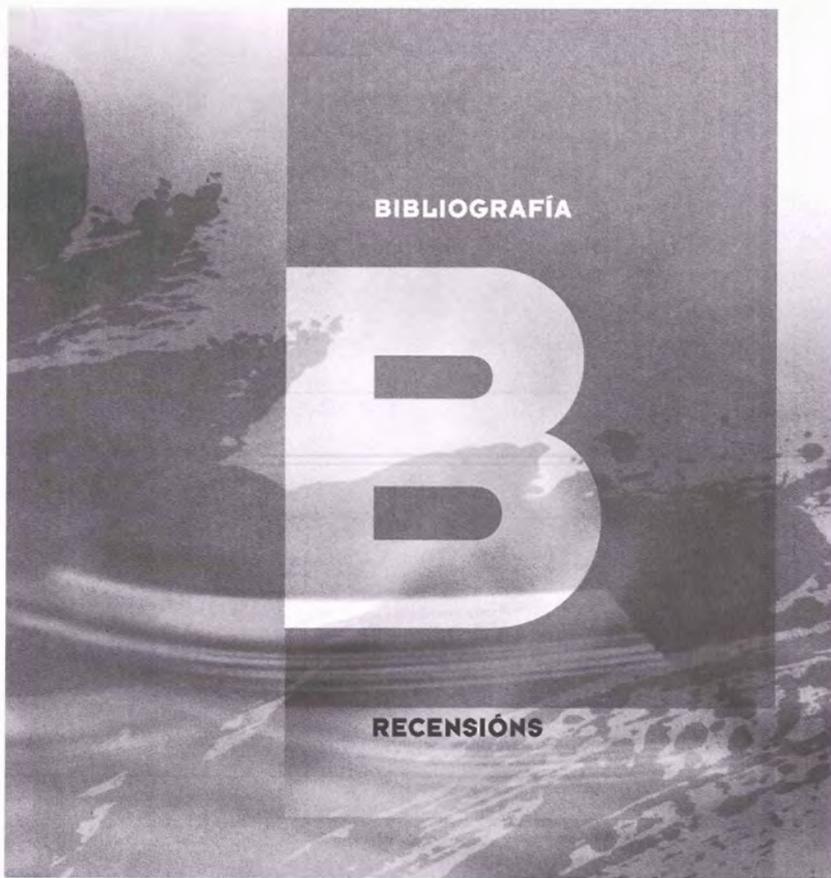
José Antonio García Ferreiro, como representante de CCOO sinalou o apoio do seu sindicato á creación do colexio catalán e tamén do galego como forma de aglutina-los profesionais. Sentenciou que xa que dende o sindicalismo non foron quen de representa-los xornalistas nin sequera no apartado numérico, o colexio pode ser unha solución. Parece que agora coa creación do colexio xurdiu o entusiasmo na profesión segundo se desprende do alto número de inscricións (de feito no colexio catalán xa hai 3 138 afiliados e en Galicia hai algo máis de 1 000 preinscritos), polo que o Colexio de Xornalistas de Galicia debe servir cando menos para lograr unha conciencia crítica para toda a profesión.

Ramón Maceira López, como representante da CIG, considera a situación laboral e profesional actual como paupérrima especialmente nos medios privados, motivada pola precariedade laboral, e a sería desprotección do colectivo de xornalistas. Recordou que non existe ningún convenio marco mínimo galego nin estatal que regule as relacións laborais, como tampouco existe unha patronal nin no eido estatal nin no galego. Denunciou a existencia dunha verdadeira lei da selva na que o xornalista debe negociar individualmente as súas condicións de traballo nunha permanente inestabilidade laboral. Todas estas situacións non se reflicten nunha maior sindicación; así se viviu nas últimas eleccións sindicais unha fonda apatía por parte dos xornalistas galegos. Considera que toda esta situación vai a contramarcha das existentes no resto do Estado, Europa e no mundo.

Na rolda de preguntas que se efectuou a continuación apareceron cuestións de grande interese para o futuro do Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia dentro do novo marco legal que supón a Lei 2/1999, do 24 de febreiro Así se destacou en referencia a Cataluña, en primeiro lugar, que a forma de financiamento do colexio de xornalistas nítrese en gran parte de fondos do Concello de Barcelona, e en segundo lugar, que as asociacións que existían se disolveron trala constitución do colexio. Salientouse tamén por parte dos relatores o alto grao de colaboración das asociacións da prensa e dos sindicatos que facilitou que o ingreso se solicitase por unhas 1 200 persoas, e en suma, vén demostra-la confianza na institución. Advertiuse, así mesmo, dos problemas que pode supoñer unha dependencia económica das administracións públicas neste ámbito.

Rematou esta Xornada sobre colexios profesionais e xornalistas para destacar, en primeiro lugar, a aprobación por unanimidade que tivo a Lei

2/1999, ó tempo que recordaba o compromiso de disolución da Asociación da Prensa de Santiago no momento en que se constituía o colexio profesional, e salientou por último o traballo serio e rigoroso da comisión de admisión como forma de garanti-la obxectividade do proceso de admisión. 



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIONES

Aproximación a la historia jurídica de Galicia

Luis Rodríguez Ennes

EGAP, Santiago, 1999

A presente obra mereceu o Premio Manuel Colmeiro na súa edición de 1998. Este premio foi instituído no seu momento para distinguir traballos de investigación realizados fundamentalmente dentro do campo do dereito. Creo que foi un acerto premiar nesa ocasión unha obra que abrangue a historia xurídica de Galicia, tema no que non abunda a bibliografía. Se por outros motivos non se xustificase a existencia do premio que leva o nome do insigne xurista, penso que sobrarían estes co patrocinio de obras deste tipo. É de xustiza ademais sinalar que non é nada desdeñable a contribución editorial da Escola Galega de Administración Pública ó coñecemento da historia xurídica de Galicia.

A obra de Rodríguez Ennes divídese en cinco grandes capítulos. O primeiro está dedicado á *Gallaecia Romana*. Habería que destaca-la suxestiva idea da conexión existente entre as leis municipais romanas e os foros, entendidos estes como «ordenación propia de una agrupación humana que, sin embargo se encontraba sometida al poder político superior de un *imperator* o de un *rex*».

O segundo capítulo está dedicado á *Edad Media*. O autor asume a idea de Reinhart de que os suevos parece que se rexeron polo dereito consuetudinario nos seus propios asuntos mentres seguían as normas do dereito romano nas súas relacións coa poboación indíxena. Segundo Ennes a substitución da monarquía sueva pola visigoda non produciu cambios substanciais no pano-

rama normativo. Sinala o problema da aplicación territorial ou persoal do dereito na monarquía visigoda como unha cuestión debatida pola historiografía. Ennes indica que «lo más probable es que las comunidades familiares peninsulares de la Edad Media hundan sus raíces en un derecho autóctono muy primitivo, verificado después por elementos jurídicos que parecen proceder más bien del derecho germánico, sin que sea imposible, sin embargo, que las prácticas primitivas se incorporasen al derecho romano vulgar hispánico (...) al confluir las viejas costumbres prerromanas con el recuerdo de instituciones análogas del derecho romano arcaico, como el consorcio familiar».

O seguinte capítulo titúlase *La época de la Monarquía Absoluta* e engloba fundamentalmente á idade moderna. Estúdíase a Real Audiencia de Galicia con detemento, a figura de Herbella de Puga co seu *Derecho práctico de la Real Audiencia de Galicia*, a multiplicidade de xurisdiccións característica do antigo réxime e a estrutura da propiedade agraria.

No cuarto capítulo éntrase na idade contemporánea, que Ennes define con acerto como *etapa codificadora*, dado que o afán codificador da normativa legal chega a España nesta época. Para Ennes a permanencia do sistema foral é o mellor indicativo da ausencia dunha reforma agraria liberal ou doutro tipo. Neste sentido pódese falar do desfacemento entre o foro e a propiedade privada libre. Dedícase tamén un interesante apartado ó papel da emigración na formación dos patrimonios campesiños.

O capítulo quinto titúlase *Vicisitudes posteriores* e fai referencia ó século XX, que quizais queda algo curto en extensión en relación co resto do traballo.

Capítulo á parte merece a bibliografía utilizada, moi extensa e representativa, aínda que forzosamente non poida ser exhaustiva pola mesma amplitude do labor acometido. Quizais conviría en sucesivas edicións actualizala metodoloxía empregada nas citas bibliográficas. Aínda que tamén é certo que nalgunhas disciplinas úsanse formas peculiares no canto de cita-la bibliografía empregada.

O autor traballa con materiais moi diversos, que fan que sexa unha obra multidisciplinar. Hai que sinalalo acerto do autor ó acometer esta difícil tarefa. Quizais o valor máximo da obra estea nese esforzo de síntese, imprescindible nunha obra deste tipo, e que o autor realiza con mestría.

Estamos en suma ante un traballo importante e necesario, que cobre un baleiro non cuberto ata agora e polo que o labor do autor case se pode cualificar de pioneiro. Non é fácil xulgar unha obra deste tipo nunhas curtas liñas, pero paga a pena se con iso se contribúe a unha maior difusión desta. Só queda dicir deste traballo que, polo seu carácter de «aproximación» como reza no título, confiamos en que o autor o continúe en posteriores entregas. 

Xosé Luís Mínguez Goyanes



NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterá abreviaturas nin notas.
5. 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 folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:
 - Libros:**
 - AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.
 - Artigos:**
 - AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.
 - Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).
 - As citas, nas notas de páxina, 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. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:
 - Revista Galega de Administración Pública**
 - EGAP
 - Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
 - 15707 Santiago de Compostela.
 - Galicia. España.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



X ANIVERSARIO ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA