

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

28

XUNTA DE GALICIA

28

MAIO - AGOSTO
2001

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

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



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas
15707 Santiago de Compostela
Tel.: 981 54 60 40 / Telefax: 981 54 63 37
E-mail: manuel.brana.gutierrez@xunta.es

Traducción e supervisión lingüística: Alexandre Alonso Alonso
Lidia Fernández Pastoriza

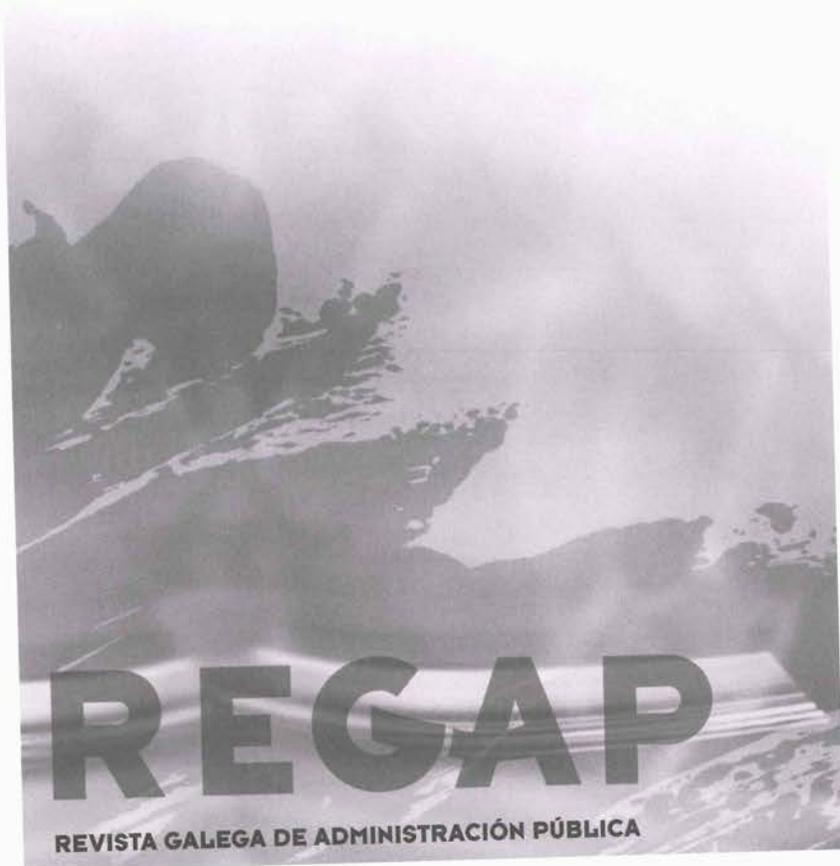
Deseño gráfico: Uqui CEBRA

Imprime: Offset Valladares

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.
Solicitude de subscricións a EDITORIAL GALAXIA.

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



REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luis Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal

Secretario xeral da Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo

Secretario de Administración Local

José Ramón Cólera Leirado

Letrado maior do Parlamento de Galicia

María Victoria de Dios Vieites

Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña

Andrés Faiña Medín

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Luciano Fariña Busto

Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Manuel Fernández Areal

Catedrático emérito de periodismo

Alejandro Fernández Barreiro

Catedrático de dereito romano da Universidade da Coruña

Eduardo Freire Pousa

Oficial de Administración de Xustiza de Galicia

José Antonio García Caridad

Presidente do Consello Consultivo de Galicia

Ramón García-Malvar y Mariño

Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela

Vicente González Radío

Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

José Carlos López Corral

Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Xosé López García

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

Fernando José Lorenzo Merino

Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo

Jesús Martínez Girón

Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña

Juan Jesús Raposo Arceo

Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia

Luís Rodríguez-Ennes

Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo

Juan Rodríguez Yuste

Conselleiro de Industria e Comercio

Antonio Romero Lorenzo

Maxistrado xuíz decano de Vigo

Alfonso Rueda de Valenzuela

Director xeral de Administración Local

Luís Ramón Sotelo López

Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Jesús Souto Prieto

Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Javier Suárez García

Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Jesús Vázquez San Luís

Secretario xeral da Consellería de Industria e Comercio

Javier de Vicente Remesal

Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo

José Vilas Nogueira

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

Perfecto Yebra Martul-Ortega

Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago de Compostela

SUMMARY

STUDIES

Francisco Fernández Segado	The new legal regime of aliens' rights and liberties in Spain _____	15
Begoña Barreiro Fernández José A. Díez de Castro	New processes of public decision. (Urban life quality) _____	69
Federico A. Rodríguez Morata	New conditions for regaining Spanish nationality _____	85

NOTES AND COMMENTS

Ignacio Fernández Fernández María Milagros Sieiro Constenla	The taxability of co-operative entities after Law 5/1998, of 18 th December, on Galician Co-operatives _____	119
Aurelia Álvarez Rodríguez	Double nationality and emigration: past, present and future _____	149
José Ricardo Pardo Gato	An approach to Community policy on consumer and user protection _____	185

DOSSIER

	Introduction by Juan Jesús Raposo Arceo _____	209
Carlos J. Maluquer de Motes Bernet	On the subject of the reversion of foundation patrimony to the founder person or to the founder's family _____	271
Carlos Vattier Fuenzalida	The regime of foundation patrimony _____	285
Domingo Bello Janeiro	Galician regulations on foundations _____	305
Antonia Nieto Alonso	Foundations: the neutrality of their aims _____	319
Consuelo Castro Rey	Tax regime of foundations and patronage _____	335

JURISPRUDENCE

Almudena Fernández Carballal	On the effects of the Constitutional Court decision 164/2001 of 11 th July, on Spanish town planning legislation _____	357
------------------------------	---	-----

SUMARIO

ESTUDIOS

Francisco Fernández Segado	El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España	15
Begoña Barreiro Fernández José A. Díez de Castro	Novos procesos de decisión pública (A calidade da vida urbana)	69
Federico A. Rodríguez Morata	Las nuevas condiciones de recuperación de la nacionalidad española	85

NOTAS E COMENTARIOS

Ignacio Fernández Fernández María Milagros Sieiro Constenla	A fiscalidade das entidades cooperativas trala Lei 5/1998, do 18 de decembro, de Cooperativas de Galicia	119
Aurelia Álvarez Rodríguez	Doble nacionalidad y emigración: pasado, presente y futuro	149
José Ricardo Pardo Gato	Aproximación á política comunitaria de protección dos consumidores e usuarios	185

DOSSIER

	Introducción de Juan Jesús Raposo Arceo	209
Carlos J. Maluquer de Motes Bernet	A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la persona fundadora o a la familia del fundador	271
Carlos Vattier Fuenzalida	El régimen del patrimonio fundacional	285
Domingo Bello Janeiro	A normativa galega sobre fundacións	305
Antonia Nieto Alonso	Las fundaciones: Neutralidad de sus fines	319
Consuelo Castro Rey	Régimen fiscal de las fundaciones y del mecenazgo	335

XURISPRUDENCIA

Almudena Fernández Carballal	Sobre os efectos da Sentencia do Tribunal Constitucional 164/2001, do 11 de xullo, na lexislación urbanística española	357
------------------------------	--	-----

PARLIAMENTARY CHRONICLE

- The action of autonomous public authorities and
the fundamental right of Article 42
365 _____ of the Spanish Constitution **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- EGAP grant holder. Summer course
on the new law governing aliens
385 _____ Sada, 27th and 28th July, 2000 **Enrique Diego Fernández Pérez**
- EGAP grant holder. Conference on the Internet
from the administrative and juridical perspective
421 _____ A Coruña, 13th and 14th December, 2000 **María del Carmen Silva López**
- EGAP grant holder. Conference on the
human genome and the law
447 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 7th and 8th February, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- EGAP grant holder. Conference on the national and
Galician Autonomous Community general budgets law
and their respective 2001 accompanying laws
483 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 14th February, 2001 **María del Carmen Silva López**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- Galician town planning, building and housing law*
Tomás Quintana López
Luis Ángel Ballesteros Moffa
503 _____ Valencia, Tirant lo Blanch, 2001 **María Teresa Carballeira Rivera**
- The exceptional administrative appeal for revision*
Ernesto García-Trevijano Garnica
507 _____ Civitas S. A. Publishers, Madrid, 2001 **María del Carmen Silva López**
- Common administrative procedure: application and correction*
Joaquín Meseguer Yebra
513 _____ Barcelona, Bosch, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- Galician parliamentary law*
Xosé A. Sarmiento Méndez
523 _____ Vigo, Xerais, 2001 **Miriam Martínez García**

CRÓNICA PARLAMENTARIA

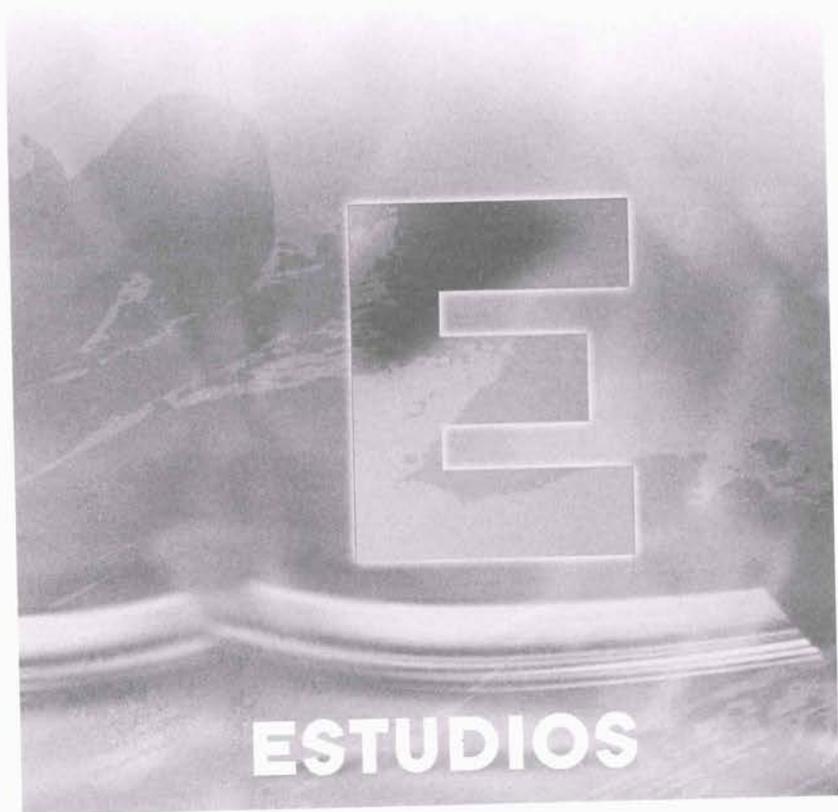
- A actuación dos poderes públicos autonómicos e o dereito fundamental do artigo 42 da Constitución española **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**
365

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Curso de verán sobre a nova Lei de estranxeiría
Sada, 27 e 28 de xullo de 2000 **Enrique Diego Fernández Pérez**
385
- Xornadas sobre a Internet desde a perspectiva administrativa e xurídica
A Coruña, 13 e 14 de decembro de 2000 **María del Carmen Silva López**
421
- Xornadas sobre o xenoma humano e o dereito
EGAP, Santiago de Compostela, 7 e 8 de febreiro de 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
447
- Xornadas sobre as leis de orzamentos xerais do Estado e da Comunidade Autónoma de Galicia, e das súas respectivas leis de acompañamento, do ano 2001
EGAP, Santiago de Compostela, 14 de febreiro de 2001 **María del Carmen Silva López**
483

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- Legislación urbanística, de edificación y vivienda de Galicia*
Tomás Quintana López
Luis Ángel Ballesteros Moffa
Valencia, Tirant lo Blanch, 2001 **María Teresa Carballeira Rivera**
503
- El recurso administrativo extraordinario de revisión*
Ernesto García-Trevijano Garnica
Civitas Editorial S.A., Madrid, 2001 **María del Carmen Silva López**
507
- Procedimiento administrativo común: solicitud y subsanación*
Joaquín Meseguer Yebra
Barcelona, Bosch, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
513
- Dereito parlamentario de Galicia*
Xosé A. Sarmiento Méndez
Vigo, Xerais, 2001 **Miriam Martínez García**
523



EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

(Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la
Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre)

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

1. El estatuto jurídico-constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España

1. Es opinión doctrinal bastante común que nuestra Constitución contempla con notable amplitud los derechos de los extranjeros. Alzaga (en su *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1998, pág. 53) señala al efecto que la Constitución de 1978 ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros; a juicio del mismo autor, prácticamente, en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España, opinión también expresada en sede jurisdiccional constitucional (así, por ejemplo, en el Voto particular formulado frente a la STC 115/1987, de 7 de julio, por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Sr. Tomás y Valiente, y por los Sres. Magistrados Rubio Llorente y García-Mon).

El *intérprete supremo de la Constitución*, en afirmación bien significativa, ha llegado a decir que nuestra Constitución es obra de españoles pero no sólo para españoles (STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2º).

Esta pauta no se ha visto alterada por el desarrollo legislativo que en este ámbito se ha dado a la Constitución. En efecto, ni siquiera la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se aparta de esta tendencia. No cabe ignorar a este respecto que la Ley Orgánica 8/2000 se asienta en un régimen de absoluta paridad entre españoles y extranjeros en situación de legalidad en el ejercicio de los derechos y libertades por parte de estos últimos respecto de los primeros.

La Ley Orgánica 8/2000, con carácter general, se asienta en el principio de igualdad de ejercicio de los derechos por españoles y extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España. Bien significativa al respecto es la cláusula del art. 3º.1 de la Ley que, tras la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 8/2000, determina:

Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

Este criterio general hermenéutico no hace sino confirmar lo antes expuesto. Y de todo ello deriva una conclusión tajante e inequívoca: nuestra legislación en materia de extranjería es, posiblemente, la más avanzada de la Unión Europea.

Para corroborar la precedente afirmación nos bastará con recordar dos de las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, en sesión especial sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea:

1ª) La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.

2ª) El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una per-

sona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia.

En definitiva, lo que para la Unión Europea en su conjunto era una meta ideal a conseguir: equiparar (que no es exactamente igual que igualar en plenitud) los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro a los de los nacionales de ese mismo Estado, para España, poco después de un año de la Declaración de Tampere, es una evidente realidad jurídica, plasmada primero por la Ley Orgánica 4/2000 y corroborada, poco después, por la 8/2000.

Esta situación ha de ser valorada aún más positivamente si se tiene presente que no dimana de un mandato constitucional. Ello nos sitúa ante la necesidad de desbrozar el estatuto constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en nuestro país.

II. La primera reflexión que conviene hacer es que de nuestra Norma suprema no dimana, como exigencia general, la inexcusabilidad de un trato igual entre españoles y extranjeros. Cuando el art. 14 CE proclama el principio de igualdad lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles. Son éstos, pues, como el mismo Juez de la Constitución ha reconocido (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 3º), quienes, de conformidad con el Texto constitucional, son iguales ante la Ley, y no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros.

La inexistencia de una declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante como para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta en cualquier derecho o libertad constitucionalmente admisible, y ello por cuanto ni el art. 14 debe ser interpretado de un modo mecanicista, en su estricta literalidad, ni, por otro lado, es el único precepto que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otras normas constitucionales sin las que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.

Y entre esas otras normas, primigeniamente, hay que recordar el art. 10.1, que como ya tuvimos oportunidad de señalar en otro momento (Francisco Fernández Segado: «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español», en *Revista Vasca de Administración Pú-*

blica, núm. 43, septiembre-diciembre 1995, págs. 49 y sigs.; en concreto, págs. 66-69), viene a colocar al valor *dignidad de la persona* como la fuente de todos los derechos.

Con todo, la norma clave para la determinación de la posición jurídica de los extranjeros en España, en lo que a sus derechos y libertades se refiere, es el art. 13.1 CE, a cuyo tenor: *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (el Título primero) en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.*

La norma en cuestión suscita dos tipos de problemas hermenéuticos. El primero se refiere a si ha de darse algún significado al empleo de la locución *libertades públicas* con exclusión de la de *derechos fundamentales*. El segundo, a si la remisión a *los Tratados y la Ley* implica una suerte de desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros relativa a sus derechos y libertades.

La interpretación más correcta, a nuestro modo de ver, aunque no sea desde luego la que el Tribunal hizo suya, es la ofrecida en el Voto particular suscrito por el entonces Presidente del Tribunal, Sr. Tomás y Valiente, y por los Sres. Magistrados Rubio Llorente y García-Mon, formulado frente a la STC 115/1987, de 7 de julio, interpretación en la que los dos problemas hermenéuticos advertidos aparecen íntimamente imbricados. Según esta posición, el art. 13.1 CE implica en primer lugar, *que también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana*. Significa también, sin duda, en segundo término, *que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el Título I, pero, también sin duda, que esas libertades no tienen otro contenido que aquel que establezcan los Tratados y la Ley.*

El Juez de la Constitución, frente a la primera cuestión, ha interpretado ampliamente la locución *libertades públicas*, entendiéndolo que dentro de ella tienen cabida tanto los derechos fundamentales como las mismas libertades públicas (así, STC 107/1984, fund. jur. 3º y STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2º). Y en relación con el segundo problema, el Tribunal ha rechazado que el art. 13.1 CE entrañe una suerte de desconstitucionalización de los derechos y libertades de los extranjeros, pues, siguiendo el razonamiento del alto órgano (STC 107/1984, fund. jur. 3º), el art. 13.1 no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la Ley, sino de las libertades *que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, pero, siempre según el Tribunal, son todos ellos, sin excep-

ción en cuanto a su contenido, *derechos de configuración legal*, interpretación esta última que no deja de ser bastante incongruente con alguno de sus otros posicionamientos en la materia por parte del Tribunal, pero que, en relación con la problemática que nos interesa y en la que más adelante entraremos, tiene una notable trascendencia.

En definitiva, la divergencia hermenéutica apuntada conduce a una última consecuencia: mientras para quienes suscriben el Voto particular la libre capacidad de configuración por el legislador del régimen de las libertades públicas de los extranjeros encuentra sus límites tan sólo en los Tratados internacionales, para el Tribunal, la libre capacidad dispositiva del legislador en este ámbito se ve delimitada por el propio contenido constitucionalmente configurado en relación a cada libertad. Sin embargo, la diferente consecuencia jurídico-constitucional que se desprende de una u otra interpretación se difuminará en aquellos derechos o libertades cuyo contenido no haya sido constitucionalmente configurado, como también en aquellos otros aspectos relativos al régimen de ejercicio de una libertad que no hayan sido específicamente contemplados por la Norma suprema.

Por lo demás, el notable acento que el Tribunal parece haber puesto en su calificación como *derechos de configuración legal* de todos los derechos de los extranjeros *sin excepción*, al margen ya de revelar la confusión de la doctrina constitucional en esta materia (en el mismo sentido, Elisa Pérez Vera y Paloma Abarca Junco: *Extranjería. Comentario al artículo 13 de la Constitución*, en Oscar Alzaga, director, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, tomo II, Madrid 1997, págs. 183 y sigs.; en concreto, págs. 200-201), en cuanto parece propiciar una mayor capacidad dispositiva del legislador en relación con las libertades públicas, que respecto de aquellos derechos fundamentales que se vinculan a la dignidad de la persona de modo inmediato, presupone una cierta aproximación a las tesis sustentadas por los signatarios del varias veces citado Voto particular.

III. El Tribunal, con carácter general, ha completado su doctrina sobre los derechos de los extranjeros, estableciendo una clasificación de los mismos que se ha acomodado, en cierta medida, a la clásica diferenciación de la teoría general de los derechos entre titularidad y ejercicio. A partir de esta distinción ha llevado a cabo una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros.

Ya el año anterior a la publicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, primera norma ordenadora de la material, el Tribunal (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4º) dejaba perfilada su doctrina al distinguir tres tipos de derechos: a) unos derechos que corresponden por igual a espa-

ñosles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; b) un segundo grupo de derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 CE y con la salvedad que contiene), y c) un último grupo que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Así estructurados los derechos de los extranjeros, el siguiente paso consistía en encontrar un criterio clasificador que permitiera incluir a los distintos derechos y libertades en la primera o en la última de las categorías. Tal criterio podía haberse buscado en la literalidad de los enunciados constitucionales, que en unos casos refieren el derecho a *toda persona* o *todos*, mientras en otros lo refieren a *los españoles* o *los ciudadanos*, e incluso los hay que contemplan la titularidad del derecho o libertad en términos impersonales (así, los artículos 20, 21 y 22 CE hablan de que *se reconoce* el derecho que enuncian).

La poca claridad del constituyente en esta cuestión, el hecho de que tal solución no fuera avalada por el Derecho convencional, la inaceptable radical privación de derechos (tales como la libertad de circulación, la libre elección de residencia, el derecho a la objeción de conciencia, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio...) que para los extranjeros supondría tal interpretación y el hecho de que la propia Norma suprema admita una interpretación más coherente y razonable, como el Alto Tribunal reconoce en su STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 2º, cuando pone de relieve que el art. 13.2 CE sólo reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE, conducirían al Tribunal, no sin vacilaciones, al abandono como criterio clasificador de aquél al que venimos refiriéndonos.

Así las cosas, el criterio definitivo ha sido el de, a la vista de la naturaleza misma del derecho o libertad de que se trate, proceder a dilucidar si el mismo pertenece a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, prescindiendo de esta terminología, ciertamente equívoca, si el derecho o libertad es imprescindible para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye el fundamento del orden político y de la paz social.

Como en otro lugar ya tuvimos oportunidad de señalar (Francisco Fernández Segado: *La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español*, op. cit., pág. 74), todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en su Título I son, en mayor o menor grado, inherentes a la persona y a su dignidad radical, y todos contribuyen, en una u otra medida, al desarrollo integral del ser humano o, por utilizar la locución constitucional del art. 10.1, al *libre desarrollo de la personalidad*. Esto no es puesto en duda por el Tribunal, que, legítimamente, se limita a

atender al nivel de graduación de la conexión derecho/libertad-dignidad, pues, en coherencia con lo antes expuesto, es obvio que aun vinculándose todos los derechos con la dignidad, el grado de esa vinculación no es en modo alguno el mismo en todos los derechos, y de esa mayor o menor conexión o vinculación con la dignidad se pueden derivar consecuencias jurídicas en el ámbito del que venimos ocupándonos. Y eso precisamente es lo que ha hecho el Juez de la Constitución.

En definitiva, los derechos que el Tribunal considera imprescindibles para la garantía de la dignidad humana se ubicarían en la primera de las categorías (derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros). En su jurisprudencia, el Tribunal ha ido conformando un catálogo, no cerrado desde luego, de estos derechos. Y así, en su STC 107/1984, fund. jur. 3º, precisa que *derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.*, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.

Tal pronunciamiento general ha ido siendo completado, si bien, insistimos en ello, no exhaustivamente, en otras Sentencias. De esta forma, en la STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 1º, el Tribunal ha adicionado a los anteriormente citados, el derecho a la libertad del art. 17 CE. Y en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2º, ha hecho otro tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Nos parece evidente que en este primer bloque de derechos habría que incluir otros varios, aunque el Tribunal no haya tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Tal sería el caso, a nuestro modo de ver, del derecho a la libertad religiosa y de culto, del derecho al honor, del derecho a la libertad de expresión, de las garantías del debido proceso del art. 24.2 CE, del derecho a la legalidad penal o sancionadora y también, sin la más mínima pretensión de exhaustividad, del derecho a la educación.

En la segunda de las categorías (exclusión hecha de aquel grupo de derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.2 CE), esto es, en la de aquellos derechos o libertades en los que constitucionalmente cabe una diferencia de trato, en cuanto al ejercicio del derecho, entre extranjeros y españoles, el Tribunal ha tenido oportunidad de incluir, entre otros, el derecho a la libertad de residencia y de desplazamiento o circulación del art. 19 CE (STC 94/1993, de 22 de marzo, funds. jurs. 2º, 3º y 4º, y STC 116/1993, de 29 de marzo, fund. jur. 2º); el derecho de reunión del art. 21 CE (STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 2º); el derecho de asociación del art. 22 CE (STC 115/1987, fund. jur. 3º), y el derecho al trabajo del art. 35 CE (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4º). Y nos parece fuera de toda duda que, entre otros varios, en este bloque de derechos habrá que incluir asimismo la libertad de sindicación y el derecho de

huelga. En definitiva, al margen de algunos otros derechos, las llamadas libertades públicas tendrían su ubicación en este segundo bloque de derechos, circunstancia que encontraría su razón de ser en que su vinculación con la dignidad de la persona, existiendo, desde luego, no sería tan fuerte, tan inmediata como en el caso de los derechos que se han de ubicar en la primera de las categorías.

Como fácilmente puede apreciarse, la diferencia sustancial entre uno y otro bloque de derechos es que los no inmediatamente vinculados a la dignidad de la persona otorgan al legislador una mayor capacidad dispositiva. Como ha admitido el Juez de la Constitución (STC 115/1987, fund. jur. 3º), el legislador, al amparo del art. 13.1 CE, dispondrá de la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de tales libertades por parte de los extranjeros, siempre, desde luego, de acuerdo con el Derecho convencional. Más allá del necesario respeto al Derecho internacional de los derechos humanos, el legislador también vendrá vinculado, a la vista de la doctrina constitucional ya señalada, por el contenido constitucional del derecho, cuando el mismo se halle contemplado por la misma Norma suprema, y tampoco podrá ignorar el legislador, cuando opte por el establecimiento de un trato diferencial en el ejercicio del derecho entre españoles y extranjeros, el principio de razonabilidad de la diferencia.

IV. La remisión que al Derecho convencional lleva a cabo el art. 13.1 CE exige de unas consideraciones adicionales.

De entrada, conviene advertir que tal reenvío no ha de entenderse en el sentido de que el legislador haya de circunscribir su actuación a plasmar miméticamente lo establecido en los Tratados internacionales en la materia, de modo tal que, por ejemplo, si un Tratado declara titular de un derecho a toda persona, sin ninguna matización adicional, no pueda el legislador español introducir la nacionalidad como criterio sustentador de una diferencia de trato en el ejercicio de tal derecho, pese a ser, en principio, posible esa diferencia a la vista de la doctrina constitucional ya expuesta. No es ese el sentido del art. 13.1 CE, norma que entraña tan sólo que el ejercicio de los derechos y libertades por los extranjeros se ha de acomodar a lo que establezcan los Tratados, que a su vez, de acuerdo con el art. 10.2 CE, operan como criterio hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas.

Por otro lado, no puede dejar de tenerse presente que las previsiones de los Tratados en la materia no son exactamente coincidentes en todos los casos ni respecto de todos los derechos, aunque sí muestren pautas tendenciales comunes, a las que debiera atenderse prevalentemente en el supuesto de que una norma puntual de un Tratado se separe de ellas.

Desde otra perspectiva, y pese a su obviedad, conviene no olvidar el carácter limitado de los derechos, o lo que es igual, que todos los derechos tienen límites. No hay derechos absolutos, con alguna salvedad, como, a nuestro juicio, el derecho a no ser sometido a tortura ni a pena o trato inhumano o degradante, al que alude el art1 15 CE, como una reiteradísima jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo ya desde las primeras Sentencias del Tribunal (así, la STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 9º). Bien al contrario, *su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos* (STC 181/1990, de 15 de noviembre, fund. jur. 3º). A este respecto, no puede olvidarse que *los derechos de los demás* también son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

En esta misma dirección, es asimismo necesario tener presente que los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, por lo general, acogen cláusulas que habilitan al legislador democrático para sujetar el ejercicio de los derechos a restricciones orientadas a la salvaguardia de los derechos y libertades de los demás y de una serie de bienes de inexcusable protección en un Estado democrático. Quizá la cláusula paradigmática sea el art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH), de 10 de diciembre de 1948, a cuyo tenor: *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*

V. Las reflexiones que preceden deben de servir de premisa inexcusable a la hora de abordar una cuestión tan compleja, y desde luego de no fácil o incontrovertible solución, como la relativa a la constitucionalidad de las modificaciones que en el régimen de derechos y libertades de los extranjeros en España establecido por la Ley Orgánica 4/2000, ha venido a introducir la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, norma legal esta última que, en todo caso, y como ya significamos en un momento anterior, se sigue asentando en el principio de ejercicio por los extranjeros de los derechos que les reconoce la Ley en condiciones de plena igualdad con los españoles, introduciendo como principal rasgo diferencial frente a la Ley a la que viene a reformar, en clara similitud con las determinaciones de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la exigencia de hallarse en situación legal para poder ejercer algunos derechos (de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga) reconducibles a la categoría de derechos no inmediatamente vinculados con la dignidad de la persona, pues en los derechos que se conectan de modo

directo e inmediato con el que bien puede ser considerado núcleo axiológico de nuestro ordenamiento, esto es, con el valor dignidad del ser humano, la Ley mantiene el principio ya preestablecido por la Ley 4/2000, de absoluta igualdad entre españoles y extranjeros en el ejercicio de estos derechos.

Quizá no sea inoportuno recordar la reiterada doctrina constitucional acerca de la presunción de constitucionalidad de las normas, presunción que adquiere su más intenso grado respecto de aquellas normas que provienen del órgano que en cada momento actualiza la voluntad soberana del pueblo, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1º.2 CE). Esta presunción de constitucionalidad de la Ley, como ha subrayado la mejor doctrina (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4ª ed., reimpr., Civitas, Madrid, 1986, págs. 126-127), va más allá de la simple afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, al implicar, materialmente, que siempre que sea *razonablemente posible*, entre las varias interpretaciones que posibilite una Ley, se ha de entender que el legislador ha querido inclinarse por la que posibilita el mantenimiento de la norma dentro de los límites constitucionales.

Por lo demás, también parece pertinente poner de relieve la existencia de lo que bien podríamos denominar *indicios de constitucionalidad* de la Ley, indicios que vendrían dados por el hecho de que, siendo la exigencia de situación legal de los extranjeros requisito necesario para que éstos pudieran ejercitar determinados derechos en igualdad con los españoles, a tenor de las previsiones de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, tal exigencia no fue constitucionalmente impugnada (en el recurso de inconstitucionalidad núm. 880/1985, promovido por el Defensor del Pueblo contra algunas normas de la citada Ley Orgánica 7/1985), pese a lo cual, como veremos con detalle más adelante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/1987, vino a entender de modo implícito –y más rotundamente aún, nos atreveríamos a decir que incluso explícitamente, como intentaremos mostrar después– que esa exigencia era perfectamente acorde con la Constitución, tesis que, por otra parte, se incardina en la reiterada doctrina jurisprudencial de que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad.

VI. Antes de entrar en el análisis particularizado del articulado de la Ley Orgánica 8/2000 sólo nos resta precisar que en sintonía con la categorización de los derechos y libertades antes esbozada, vamos a acomodar a la misma nuestras reflexiones en torno a la nueva Ley, no sin antes hacer una última precisión. Aunque en nuestro análisis atenderemos básicamente a aquellos derechos y libertades cuya nueva regulación mayores dudas ha suscitado, desbordando este ámbito de reflexión, vamos a

referirnos asimismo a la problemática de la constitucionalidad del régimen jurídico de algún otro derecho que, pese a no haber sido alterado por la Ley 8/2000, no ha dejado de plantear serios problemas hermenéuticos.

2. Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros

Vamos a referirnos dentro de estos derechos al derecho a la educación, al derecho a la intimidad familiar, en relación especialmente con la reagrupación familiar, y al derecho a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa, en relación con la tipificación de las infracciones en materia de extranjería.

A) El derecho a la educación

La Ley Orgánica 8/2000 modifica dos de los apartados del art. 9º de la Ley Orgánica 4/2000 (los apartados primero y segundo, pasando este último a figurar como apartado tercero en la nueva redacción), adicionando otros dos nuevos apartados (los que en el actual texto figuran como segundo y cuarto). A tenor de la nueva redacción dada al art. 9º.

1. Todos los extranjeros menores de 18 años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.

Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto de su identidad cultural.

5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes.

Estamos ante un precepto perfectamente acorde con la Constitución, pues, de un lado, todos los extranjeros menores de 18 años quedan per-

fectamente equiparados a los españoles, independientemente de cual sea su situación en España, gozando en plenitud no sólo del derecho de acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, sino también a la obtención de la correspondiente titulación y al acceso al sistema público de ayudas y becas. Más aún, a la vista de la dicción del apartado primero, como después razonaremos con mayor detalle, entendemos que bien puede sostenerse que el precepto posibilita el acceso de los extranjeros a otros niveles educativos distintos de la enseñanza básica, en concreto a todos aquellos niveles que, como el bachillerato, se imparten dentro de los primeros 18 años de vida.

En cuanto a los extranjeros residentes, quedan también equiparados a los españoles en el goce del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria. La norma no alude a los extranjeros que sin ser residentes se encuentran en nuestro país en una situación legal como es la situación de estancia, lo que quizá se explica porque esta situación entraña una corta permanencia en territorio español: no superior a 90 días.

Para calibrar en su justa medida el paso adelante que entraña la nueva normación del derecho a la educación, incluso tras la reforma operada por la Ley 8/2000, frente a la Ley Orgánica 7/1985, nos bastará con recordar que el art. 9º de esta última reconocía el derecho a la educación tan sólo a los extranjeros que se hallaran legalmente en España, derecho que había de entenderse circunscrito al acceso a la enseñanza básica y obligatoria.

Hemos de iniciar el análisis particularizado de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000 por los nuevos apartados, cuarto y segundo del art. 9º que la misma incorpora.

El apartado cuarto es una norma que se orienta a fomentar la actividad prestacional de los poderes públicos en materia educativa: promover que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza orientada a su mejor integración social. Nos hallamos ante una norma que no sólo no suscita reparo alguno, sino que, por el contrario, ha de ser enjuiciada muy positivamente en cuanto persigue alcanzar una mejor integración social de los extranjeros residentes.

Tampoco debe plantear objeción alguna el nuevo apartado segundo. En su redacción originaria, el art. 9º.2 reconocía el derecho de los extranjeros a la educación de naturaleza no obligatoria en iguales condiciones que los españoles, precisando que, específicamente, tendrían derecho a acceder al nivel de educación infantil. Ello no dejaba de ser un tanto paradójico por cuanto que el art. 7º 2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), no extiende obligatoriamente la educación infantil a toda la población española, sino que sólo obliga a las Administraciones públicas educati-

vas a garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que la solicite.

En coherencia con lo dispuesto en la LOGSE respecto de los españoles, el nuevo apartado segundo del art. 9º establece una previsión idéntica respecto de los extranjeros que lo soliciten, con lo que el principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros ahora sí que es real.

El apartado primero del mismo precepto introduce una modificación consistente en precisar que el derecho de todos los extranjeros menores de 18 años a la educación en las mismas condiciones que los españoles es asimismo un deber. Lejos de suscitar reparo alguno, nos parece que esta modificación viene exigida por la propia naturaleza del derecho a la educación.

En efecto, el art. 27.4 CE establece que la enseñanza básica es obligatoria. En la misma dirección, el art. 26.1 DUDH dispone que la instrucción elemental será obligatoria, y el art. 13.2, a/ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), de 19 de diciembre de 1966, señala que la enseñanza primaria debe ser obligatoria. Más recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su art. 14.2, da por supuesta la existencia de una enseñanza obligatoria cuando prevé que el derecho a la educación *incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria*. Y si la enseñanza básica es obligatoria, parece obvio que el derecho a la educación es, al unísono, un deber, deber que debe recaer sobre los padres o responsables legales de los menores de edad.

La última de las modificaciones afecta al apartado tercero y se ciñe a la exigencia de residencia para tener derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en idénticas condiciones que los españoles, derecho que el art. 9º.2 de la L. O. 4/2000 reconocía a los extranjeros en general. El ejercicio de este *derecho a la educación de naturaleza no obligatoria* se traduce en el derecho de acceso a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior, relativo a la educación infantil, con la subsiguiente obtención de las titulaciones que correspondan en cada caso y el acceso al sistema público de becas y ayudas. Es decir, que al margen ya de la educación infantil, que se rige por la norma específica del apartado segundo, y a la que tienen acceso todos los extranjeros, los que tengan la condición de residentes quedan plenamente equiparados a los españoles en el acceso a los diferentes niveles educativos de naturaleza no obligatoria.

La modificación sustancial que, frente a la redacción inicial dada al art. 9º por la Ley 4/2000, se introduce ahora, como ya se ha dicho, consiste en no equiparar a los españoles en el acceso a la educación no obligatoria a aquellos extranjeros que no sean residentes. Sin embargo, el alcance

de esta reforma, a nuestro juicio, exige atender a la norma que acoge el apartado primero.

El art. 9º.1 reconoce a todos los extranjeros menores de 18 años un derecho a la educación que comprende el acceso a *una enseñanza básica, gratuita y obligatoria*. De entrada, hay que entender que la enseñanza comprendida dentro de este derecho a la educación, a la vista de las previsiones de la LOGSE (específicamente, de sus artículos 3º.2, 12 17, 18, 25 y 30), no es sólo la comprendida dentro de la educación primaria, sino que abarca también la etapa de educación secundaria obligatoria, que completa la enseñanza básica. Más aún, si se atiende a las edades en que se han de cursar los distintos niveles educativos, se puede constatar que el bachillerato se ha de cursar entre los 16 y los 18 años. Una interpretación del art. 9º.1 favorable a la maximización del derecho que nos ocupa, tan estrechamente vinculado con uno de los fundamentos de nuestro orden político como es *el libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE), debiera conducir a entender que todo extranjero menor de 18 años que haya cursado los distintos niveles de enseñanza obligatoria previstos por la LOGSE en las edades que la propia Ley establece, ha de tener derecho en iguales condiciones que los españoles a acceder al nivel del bachillerato (o su equivalente en la formación profesional), aunque tal nivel no pueda conceptuarse como de enseñanza obligatoria, sino meramente voluntaria. Así entendido el art. 9º.1, el único nivel educativo en el que no se produciría en modo alguno la plena equiparación entre españoles y extranjeros no residentes sería en el nivel de la enseñanza universitaria. Una interpretación como la que acabamos de sostener minimizaría notablemente las diferencias en el goce del derecho a la educación tal y como fue concebido por la L. O. 4/2000 y tal y como ha quedado conformado tras la reforma de la L. O. 8/2000.

Llegados aquí, el necesario acomodo del derecho que examinamos a los Tratados internacionales en la materia ratificados por España exige atender a las previsiones del Derecho convencional al objeto de constatar si, efectivamente, esa sintonía normativa se produce.

Con carácter general puede afirmarse que los Tratados ratificados por nuestro país exigen la absoluta igualdad en el goce del derecho a la educación por parte de todas las personas, independientemente de su nacionalidad y de la situación en que puedan encontrarse en el país en el que son extranjeros. Dicho esto conviene precisar de inmediato que esa paridad o igualdad se predica en relación con el nivel educativo que se califica de *enseñanza primaria* (art. 13. 2 PIDESC) o de *instrucción elemental y fundamental* (art. 26.1 DUDH).

Significativamente, cuando se contempla el acceso a la enseñanza en general, esto es, sin circunscribirla a un nivel educativo determinado, el Derecho convencional no prevé exactamente lo mismo. Buena prueba

de ello la encontramos en el art. 3º, e/ de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960, a cuyo tenor, los Estados Partes, a fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación, se comprometen a *conceder a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales*. Esto es, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros se condiciona a la situación de residencia por parte de estos últimos.

Otros Instrumentos internacionales marcan como pauta a seguir por los Estados Partes la generalización y accesibilidad a todos tanto de la enseñanza secundaria como de la enseñanza superior. Este es el caso del PIDESC, cuyo art. 13.2, en sus apartados b/ y c/, establece que los Estados Partes en el Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho de toda persona a la educación:

a) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

b) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y, en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

Como puede apreciarse, esta norma del PIDESC marca una pauta a seguir, dirección en la que desde luego creemos que se ubica nuestra legislación.

A la vista de todo lo expuesto, no nos cabe duda de que, tras su reforma, el art. 9º de la Ley se acomoda a las previsiones convencionales citadas, como también a las de otros Instrumentos internacionales en la materia a los que no nos hemos referido (como sería el caso del art. 28.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989), yendo incluso más allá de las exigencias del Derecho convencional, pues no sólo reconoce a todo extranjero que se encuentre en España, independientemente de cual fuere su situación, el derecho de acceso a la enseñanza primaria en igualdad de condiciones que los españoles, sino también, de acuerdo con la interpretación expuesta, el derecho de acceso a la enseñanza secundaria obligatoria asimismo en paridad de condiciones con los nacionales, e incluso, en las condiciones expuestas y siempre a nuestro modo de ver, el derecho de acceso a una enseñanza voluntaria como es el bachillerato o la formación profesional equivalente.

En definitiva, estamos ante una norma que, a nuestro juicio, es plenamente acorde con las exigencias constitucionales interpretadas desde las normas del Derecho convencional.

B) El derecho a la intimidad familiar y la reagrupación familiar

El Capítulo segundo del Título I de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido objeto de varias modificaciones: de un lado, se reforman parcialmente los artículos 16 y 17; de otro, se añaden dos nuevos artículos, los artículos 18 y 19.

La Ley Orgánica 4/2000 vino a considerar el derecho a la intimidad familiar como el fundamento del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España. Conviene recordar que años antes, el Consejo de Ministros de la Unión Europea había adoptado, en su reunión de 1º de junio de 1993, la Resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar. Mediante esta Resolución se estableció que las políticas nacionales de los Estados miembros sobre la materia debían regirse por los principios comunes enunciados en la Resolución, con el subsiguiente compromiso de la adaptación de sus legislaciones nacionales antes del 1º de enero de 1995, en el bien entendido de que tales principios ni son jurídicamente vinculantes ni proporcionan una base de actuación para los individuos, como se recoge expresamente en la Resolución.

En cumplimiento del compromiso adquirido por España, se reguló la reagrupación familiar por intermedio del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

La Ley Orgánica 8/2000 modifica el art. 16.2 en el sentido de reconocer que los titulares del derecho a la reagrupación familiar son los extranjeros residentes en España y no los familiares de los extranjeros residentes. Esta modificación, que en nada altera el espíritu de la norma, parece, por lo demás, mucho más coherente que la originaria dicción del precepto con el art. 16.1, que reconoce a los extranjeros residentes el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, del que dimana el derecho a la reagrupación familiar.

La segunda modificación que introduce la Ley Orgánica 8/2000 afecta al art. 16.3 y consiste en la adición de un nuevo párrafo a tenor del cual: *Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos*, esto es, en aquellos supuestos de ruptura del vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición de residencia por el cónyuge y sus familiares con él agrupados.

La Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea a que anteriormente aludíamos prevé que transcurrido un período de tiempo *razonable* desde que se efectuó la reagrupación familiar, los reagrupados puedan obtener una autorización de residencia desvinculada de la del reagrupante. En sintonía con ello, el art. 54.5, b) del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996,

que debe entenderse vigente en todo aquello que no contravenga lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, y hasta tanto se apruebe el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a lo que el Gobierno se compromete en el plazo de seis meses (Disposición final segunda de la L.O. 8/2000), dispuso que el cónyuge de un extranjero residente podía obtener un permiso de residencia independiente, entre otras circunstancias, cuando acreditara haber convivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podría ser reducido cuando concurrieran circunstancias de carácter familiar que así lo justificaran.

En la misma dirección se orienta la adición al art. 16.3 del párrafo antes transcrito, que se acomoda a los principios comunitarios fijados por la Resolución del Consejo de Ministros de la Unión y al que ningún reparo puede oponerse ni desde la óptica constitucional ni desde el Derecho convencional. Desde esta última perspectiva, recordaremos que, interpretando el art. 8.1 del Convenio de Roma (a cuyo tenor: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la intimidad familiar reconocido en tal precepto del Convenio implica la imposibilidad de la expulsión de un extranjero cuando su grado de arraigo en el país de residencia sea tal, que en la práctica carezca ya de referentes vitales en otro país, e innecesario es decir que ese arraigo se vinculará a la permanencia en el nuevo país durante un cierto período de tiempo. Esta doctrina del Tribunal de Estrasburgo, de alguna manera, contribuye, desde la perspectiva del Derecho convencional, a legitimar esa exigencia de un determinado período de convivencia en España cuando se rompa el vínculo matrimonial, exigencia que late en el nuevo párrafo del art. 16.3 y que, por otra parte, guarda una clara armonía con la determinación del nuevo art. 19.1, b) –artículo introducido por la Ley Orgánica 8/2000– que, reproduciendo lo dispuesto por el art. 54.5, b) del Reglamento de Extranjería varias veces citado, exige para la obtención de una autorización de residencia independiente por el cónyuge, la acreditación de haber vivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podrá reducirse cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen.

Por lo demás, tampoco la remisión a una norma reglamentaria que hace el nuevo párrafo del art. 16.3 puede ser constitucionalmente objetada, pues esta habilitación legal a la potestad reglamentaria no posibilita una regulación independiente de la Ley, sino un complemento muy puntual de la regulación legal.

En definitiva, ni el párrafo del art. 16.3 comentado ni tampoco, en cierta conexión con él, el texto del nuevo art. 19, pueden ser constitucionalmente objetados. Se acomodan, a nuestro juicio, a los principios comunitarios, al Derecho convencional y a la propia Constitución.

El art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000 resulta también modificado. El inciso inicial del apartado primero se formula por la Ley Orgánica 8/2000 en términos no idénticos a los del mismo inciso del propio precepto en su redacción originaria. Estamos simplemente ante una reforma exigida en coherencia con la nueva y, como ya se vio antes, más precisa redacción dada ahora al texto del art. 16.2.

Como reforma técnica asimismo ha de ser calificada la que se introduce en el apartado d) del art. 17.1, sustituyendo la originaria expresión *cuando dependan económicamente de éste* por la de *cuando estén a su cargo*. Al margen de esta modificación, el nuevo texto del apartado d) incluye entre los familiares reagrupables a los ascendientes del cónyuge del reagrupante.

La supresión de los apartados e) y f) de la redacción dada al art. 17 por la Ley Orgánica 4/2000 se acomoda a los principios comunitarios y encaja perfectamente en la libre capacidad dispositiva del legislador.

Y tampoco merece reproche constitucional alguno, por las mismas razones expuestas en relación con el último párrafo del art. 16.3, el nuevo apartado segundo que en el art. 17 introduce la Ley Orgánica 8/2000, por el que se reenvía a la norma reglamentaria la determinación de las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

En el Capítulo a que venimos refiriéndonos la Ley Orgánica 8/2000 ha introducido un nuevo precepto (al margen ya del mencionado art. 19) numerado como art. 18 y relativo al procedimiento para la reagrupación familiar.

El aspecto más destacable del nuevo art. 18 es que mientras el derecho a la reagrupación familiar se hacía depender en la Ley Orgánica 4/2000 de la residencia legal en España y de la justificación del parentesco, tras la reforma, con la subsiguiente introducción del nuevo precepto, se vuelve en cierto modo a la situación establecida por el art. 56 del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 155/1996. En efecto, la reagrupación familiar se hace depender ahora asimismo de que se disponga de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada. Para el ejercicio del derecho de reagrupación se exige también haber residido legalmente un año y disponer de autorización para residir al menos otro año. La reforma, ciertamente, endurece las condiciones del ejercicio del derecho, pero, desde luego, se ajusta estrictamente a los principios comunitarios plasmados en las varias veces mencionada Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea, en la que los Estados miembros se reservaban el derecho a exigir un período de residencia previa del reagrupante, así como a supeditar la entrada y residen-

cia de familiares a la disponibilidad de alojamiento adecuado y de recursos suficientes. Como ningún mandato constitucional ni convencional exige una regulación en otro sentido de las condiciones de ejercicio de este derecho, es claro que el endurecimiento de las mismas se integra en las facultades de libre disposición de nuestro legislador.

C) El derecho a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa

I. Una de las críticas que se han formulado frente a la Ley es su posible vulneración del derecho a la legalidad de las infracciones administrativas o, si así se prefiere, a la legalidad de la potestad sancionadora administrativa del artículo 25.1 CE. Tal vulneración vendría dada por la falta de taxatividad o certeza en la definición legal de algunas de las infracciones legalmente sancionadas (así, las del artículo 52, a/, 53, a/ y 54.1.a/.

Conviene decir, ante todo, que en las normas citadas la Ley Orgánica 8/2000 no ha introducido ninguna modificación significativa respecto de las previsiones equivalentes de la Ley Orgánica 4/2000.

Dicho esto, hay que rechazar de plano todo atisbo de inconstitucionalidad como consecuencia de una vulneración de las exigencias constitucionales dimanantes del art. 25.1 CE, supuestamente producida con ocasión de la tipificación de las infracciones.

Ciertamente, como es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (entre otras, STC 42/1987, de 7 de abril, fund. jur. 2º), el derecho fundamental del art. 25.1 comprende no sólo una garantía de carácter formal, referida *al rango necesario de las normas tipificadoras*, pues *el art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora*, sino también una garantía de orden material que no sólo se refiere al ámbito estrictamente penal, sino también a las sanciones administrativas y que *se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*.

Ahora bien, es asimismo reiteradísima doctrina constitucional (STC 42/1987, fund. jur. 2º) que *el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales*.

Una lectura de las normas citadas con anterioridad conduce, de modo inequívoco, a la conclusión de su perfecto acomodo con el principio de

predeterminación legal de las conductas sancionadas como infracciones. Que el art. 52, a/ no precise cuánto tiempo ha de transcurrir para que se produzca el retraso en la comunicación a las autoridades que se tipifica como infracción, o que el artículo 53, a), tras referirse a *la prórroga de estancia* o *la autorización de residencia* aluda a *documentos análogos* cuando fueren exigibles, son aspectos que pueden ser perfectamente precisados por la vía reglamentaria, pues, como una vez más ha señalado el Tribunal (STC 42/1987, fund. jur. 2º), la reserva de Ley del art. 25.1 *no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias*.

En definitiva, y una vez más de acuerdo con el Tribunal (STC 42/1987, fund. jur. 2º), sólo una norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras contrariaría las exigencias del art. 25.1.CE. Basta con leer las normas legales que tipifican las infracciones en materia de extranjería para apreciar de inmediato que se acomodan plenamente a la garantía de orden material del art. 25.1 y, por lo mismo, son exquisitamente respetuosas con la Constitución.

II. Otra crítica formulada frente al articulado de la Ley ha sido la de que su art. 57, al contemplar la expulsión del territorio como sanción imponible a los extranjeros que realicen algunas de las conductas tipificadas como muy graves o graves a que alude el apartado primero del mismo precepto, remitiéndose a los artículos 53 y 54, podría violar el derecho del art. 25.1 CE por transgresión del principio de proporcionalidad de las penas y sanciones, como asimismo, en conexión con el anterior, el principio de igualdad, al posibilitar ese art. 57 la expulsión de extranjeros que se encuentren legalmente en España, mientras que las mismas infracciones cometidas por un español no acarrear su expulsión.

La tacha de esa supuesta inconstitucionalidad es de una enorme endeblez jurídico-constitucional y ha de ser rechazada.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el propio Derecho convencional ofrecen argumentos incontestables en pro de la legitimidad constitucional de la previsions del art. 57 de la Ley.

En relación con la supuesta infracción del principio de proporcionalidad y, como consecuencia del derecho que acoge el art. 25.1 CE, ha de comenzar recordándose la rotunda doctrina del TC, para el que *el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales*. Dicho con otras palabras, *desde la perspectiva del control de constitucionalidad (...) no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no* (STC 55/1996, de 28 de marzo, fund. jur. 3º).

Para cumplir formalmente con la premisa que acaba de señalarse se ha esgrimido el principio de igualdad frente al legislador que, como dice el TC (STC 144/1988, de 12 de julio, fund. jur. 1º), impide que éste pueda *configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.*

Pocos esfuerzos se han de hacer para mostrar que los extranjeros, ni siquiera los que se hallen en situación legal, no se encuentran en idéntica situación que los españoles. El propio art. 14 CE prescribe que *los españoles son iguales ante la Ley*; es decir, se refiere sólo a los españoles. Consiguientemente, no puede en modo alguno entenderse que el legislador haya introducido una desigualdad arbitraria al posibilitar en el art. 57 la expulsión de los extranjeros y no de los españoles.

El Derecho de los Tratados no hace sino corroborar la precedente reflexión. En efecto, el art. 13 de PIDCP determina: El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión...

La norma del PIDCP es inequívoca: cabe la expulsión de un extranjero aún cuando éste se halle legalmente en el Estado; la expulsión debe acomodarse a las previsiones legales, y al extranjero han de reconocérseles unas determinadas garantías, garantías que son las acogidas por la Ley 30/1992, a la que se remite el art. 50 de la Ley, tras la reforma llevada a cabo por la L.O. 8/2000.

A mayor abundamiento, no pueden dejar de recordarse algunas reflexiones del TC en torno al principio de proporcionalidad (STC 55/1996, de 28 de marzo, fund. jur. 6º y STC 161/1997, de 2 de octubre, fund. jur. 11º). A juicio del TC, *en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos por la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales*

que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca.

Innecesario es decir que estas reflexiones no sólo tienen validez en el ámbito penal sino también en el administrativo sancionador.

III. Otra apreciación crítica que se ha formulado frente a la Ley, desde la óptica de su legitimidad constitucional, ha venido referida a la posible vulneración del principio *non bis in idem*.

El mencionado principio no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Sin embargo, como ha interpretado el TC (STC 159/1985, de 27 de noviembre, fund. jur. 3º), *esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, fund. jur. 4º, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la Norma fundamental.*

Se ha podido ver como posible causa de esa advertida vulneración constitucional la previsión del art. 54.1, a/ de la Ley, cuando tipifica como infracción muy grave el *estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.*

Recordemos que esta determinación ya se encontraba recogida en el art. 50.b) de la Ley Orgánica 4/2000, que tipificaba como infracción muy grave: *Participar en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.* Es decir, la misma previsión.

Dicho esto ha de anticiparse que, por las razones que a continuación se exponen, en modo alguno puede entenderse que la previsión normativa del art. 54.1, a/, último inciso, contraría el principio *ne bis in idem*. Nos hallamos ante una norma perfectamente acorde con las exigencias constitucionales dimanantes del art. 25.1. de la C.E. Veamos por qué.

Ya en su primera jurisprudencia el TC tuvo oportunidad de referirse al principio que nos ocupa en estos términos: *El principio general del derecho conocido por 'non bis in idem' supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (...)* (STC 2/1981, de 30 de enero, fund. jur. 4º).

Aunque referido a la concurrencia de sanciones penales y administrativas, nada impide la aplicación de este principio a los supuestos de du-

plicidad de sanciones administrativas, como ya estableciera la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1984.

En el caso que nos ocupa, resulta incuestionable la identidad del sujeto y del hecho. Aún así, la dualidad de sanciones, como ha reconocido el TC (STC 234/1991, de 10 de diciembre, fund. jur. 2º), sería constitucionalmente admisible si la normativa que la impone pudiera justificarse *porque contempla los mismo hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado*. Y desde luego, podría hablarse de un distinto fundamento si admitiéramos la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que lo justifique, como podría ser su especial posición respecto de los extranjeros.

Pero incluso en el caso de que admitamos que el fundamento o, si así se prefiere, el interés a salvaguardar es sustancialmente idéntico, ha de afirmarse rotundamente que no habrá vulneración del principio *non bis in idem* por la sencilla razón de que no cabe jurídicamente la imposición de una doble sanción.

En efecto, el art. 28.3 de la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, dispone: En casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Consecuentemente, si se cometiese una infracción de las tipificadas por el art. 24 de la citada Ley Orgánica 1/1992 como muy graves, constitutiva a su vez de una infracción muy grave, a tenor del art. 54.1, a/ de la Ley Orgánica 4/2000, tras su modificación por la 8/2000, y se aplicase, de acuerdo con las previsiones de los artículos 57 ó 63 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la sanción de expulsión del territorio español, no cabría imponer al extranjero ninguna otra sanción, ni de conformidad con la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, por la ya citada previsión de su art. 28.3, ni tampoco por la Ley de Extranjería, pues su artículo 57.3 es tajante al determinar que: *En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa*.

Tampoco en modo alguno cabría imponer una duplicidad de sanciones administrativas en el supuesto de que el extranjero que hubiese cometido la infracción prevista en el art. 54.1, a/ no pudiese ser expulsado por hallarse, por ejemplo, en alguna de las situaciones a que alude el art. 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000 tras su reforma por la 8/2000 (ser cónyuge de un extranjero en situación legal, ascendiente, hijo menor o incapacitado a cargo del primero...). En tal caso hay que entender que al in-

fractor extranjero le sería aplicable la sanción prevista por la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, pero no la que pudiera corresponderle de aplicarle las previsiones de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 8/2000. Justifiquemos el por qué.

El art. 50 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 8/2000 dispone: El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a los dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP). Pues bien, el art. 133 de la citada Ley 30/1992 (norma que se ubica en el Capítulo primero, relativo a los Principios de la potestad sancionadora, del Título IX, referente a De la potestad sancionadora, de la Ley) prevé: No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Y en desarrollo de esta norma legal, el punto 5.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y dictado, como se determina en su artículo único, en desarrollo del Título IX de la Ley 30/1992, prescribe lo que sigue: El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismo hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento.

Las previsiones normativas anteriores son tan concluyentes que nos eximen de cualquier otro comentario. Es inequívoco que la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2000 en modo alguno vulnera el principio de *non bis in idem*.

3. Derechos en los que es admisible la diferencia de trato entre españoles y extranjeros

En este segundo bloque de derechos nos vamos a referir, sucesivamente, a los siguientes: la libertad de circulación, las libertades de reunión y manifestación y de asociación, la libertad de sindicación y huelga, el derecho de asilo, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social y, por último, el derecho a ayudas en materia de viviendas.

A) El derecho a la libertad de circulación

La Ley Orgánica 8/2000 no altera los términos en que el art. 5º.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reconoce el derecho de los extranjeros que se ha-

llen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la propia Ley, a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia. Tan sólo modifica, en un sentido hipergarantista, los términos del apartado segundo del mismo artículo.

Dicho esto y antes de entrar en un análisis más particularizado del régimen de ejercicio de este derecho, es preciso anticipar que ninguna tacha de inconstitucionalidad puede oponerse al mismo.

Como acaba de decirse, a tenor del apartado primero del art. 5º, los extranjeros que se encuentren en nuestro país en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 29 de la Ley (estancia, residencia temporal y residencia permanente) gozan del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de su residencia.

La exigencia de encontrarse en una situación legal para poder ejercitar el derecho, introducida por la Ley Orgánica 4/2000, se acomoda plenamente a la previsión del artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, a cuyo tenor: *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.* En la misma dirección se sitúa el artículo 45.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, de acuerdo con el cual: *De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.* Es decir, la situación de legalidad del extranjero es un requisito inexcusable para el ejercicio del derecho.

La determinación de tal exigencia, como requisito para el ejercicio del derecho, se acomoda perfectamente a la naturaleza del derecho, pues, como ha significado el TC (STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 3º), *la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella.*

Como antes se dijo, la Ley Orgánica 8/2000 ha modificado tan sólo el apartado segundo del art. 5º. Dicho apartado, ya en su redacción originaria, contemplaba la posibilidad de adopción de medidas limitativas específicas cuando se acordaran en la declaración de los estados de excepción o sitio en los términos constitucionalmente previstos, y excepcionalmente y de forma individualizada por el Ministro del Interior por razones de seguridad pública.

La reforma ahora introducida en el art. 5º.2 se orienta básicamente a acentuar las garantías de que se han de rodear las medidas limitativas

previstas por el precepto: motivación de la medida limitativa individualizada, respecto del principio de proporcionalidad y adopción de la misma de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Y en lo que hace a la duración de las medidas limitativas, con carácter general, se dispone que la misma no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas.

Frente a la indefinición de las medidas limitativas del art. 5º.2 de la Ley Orgánica 4/2000, bien poco coherente con las exigencias del principio de legalidad, como destacara Santolaya (Pablo Santolaya Machetti: *Comentario al art. 5º, en Pablo Santolaya Machetti, coordinador, Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 61-62), la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 precisa las posibles medidas limitativas, que podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

La previsión legal de este conjunto de medidas limitativas, como antes señalamos, ya prevista en la Ley Orgánica 4/2000, se acomoda perfectamente a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el art. 13.3 del PIDCP dispone que, entre otros derechos, el derecho a la libertad de circulación *no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la Ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*

En definitiva, el acomodo a lo establecido en los Tratados ratificados por España es evidente, más aún si se recuerda que el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante Convenio de Roma) no contempla estos derechos, por lo que no hay limitaciones derivadas de este Tratado o de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Y como ya dijimos con anterioridad, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica en el art. 5º.2 tan sólo se orienta a acentuar las garantías y a acomodar las posibles medidas limitativas a las exigencias dimanantes del principio de legalidad.

La conclusión es, pues, inequívoca. Ninguna tacha de inconstitucionalidad existe en la modificación introducida en el art. 5º.2 de la Ley.

B) Las libertades de reunión y manifestación y de asociación

La Ley Orgánica 8/2000 modifica el apartado primero del art. 7º (libertades de reunión y manifestación), que queda con este tenor:

tima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Partes contratantes.

2. Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y respetando su derecho constitucional, las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten desde un tercer Estado hasta el territorio de las Partes contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos.

3. Lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 y del apartado 2 se aplicará a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar, con excepción del tráfico fronterizo.

La norma transcrita es compatible con las obligaciones asumidas por las Partes contratantes con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951, como las propias Partes reafirman en el punto 28 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, y en sintonía con ello, en el punto 29.1 se comprometen a *que sea examinada toda solicitud de asilo presentada por un extranjero en el territorio de una de ellas*.

Como fácilmente puede apreciarse confrontando el punto 26 del Convenio de Shengen o Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y las previsiones de los apartados segundo y tercero del art. 54 de la Ley con anterioridad referidas, la compatibilidad es plena; las normas legales traen su causa del Convenio internacional ratificado por España, orientado a su vez a hacer realidad la previsión del tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, completado por el Acta Única Europea, de lograr un mercado interior, lo que implica un espacio sin fronteras interiores, al que precisamente se refiere el art. 142.1 del Convenio. Y además, las normas del Convenio de Schengen se acomodan perfectamente a los Textos internacionales sobre el Estatuto de los Refugiados.

Por todo ello, no existe en las normas legales ya referidas vicio de inconstitucionalidad alguno que pueda serles reprochado desde la perspectiva del derecho de asilo del art. 13.4 CE, interpretado desde las exigencias del Derecho convencional.

4. Las garantías jurídicas

El Capítulo tercero del Título I de la L.O. 4/2000 ha sido reformado en los tres artículos que lo integran (artículos 18, 19 y 20 en la redacción originaria, que se corresponden a los actuales artículos 20, 21 y 22) por la L.O. 8/2000, reformas éstas de muy diversa entidad a las que vamos a referirnos a continuación.

A) El derecho a la tutela judicial efectiva

De las tres modificaciones introducidas en el actual art. 20 de la Ley, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, dos de ellas (el inciso final que se adiciona a su apartado tercero y el nuevo apartado cuarto) es evidente que no presentan ningún reparo constitucional.

La reforma más controvertida es la que afecta al apartado segundo, al que se adiciona un nuevo inciso último que viene a establecer una salvedad frente a la regla general que incorpora el art 20.2, de plena equiparación de las garantías de los procedimientos administrativos en materia de extranjería con las establecidas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, esto es, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La salvedad viene referida a lo dispuesto en el art. 27, esto es, a lo dispuesto en relación con los procedimientos administrativos de concesión y expedición de visados.

Conviene precisar, ante todo, que la salvedad establecida no debe entenderse en el sentido de considerar excluidas todas las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo (y en particular, las de publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, a las que menciona expresamente el art. 20.2) del procedimiento de concesión de visados. Por el contrario, lo que significa es que algunas de esas garantías se habrán de modular en los términos del art. 27 de la propia Ley. Es evidente, por ejemplo, que el principio constitucional del art. 9.3 CE, de publicidad de las normas, ha de ser escrupulosamente respetado.

Esta interpretación, lógicamente, nos conduce directamente a atender al tenor literal del citado art. 27. Del mismo hay que destacar, en primer término, que se remite a una norma reglamentaria a los efectos del establecimiento de la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional undécima de la Ley 30/1992, norma que, tras su reforma por la Ley 4/1999, dispone:

Los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se registrarán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que los desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente Ley.

Ello significa que la propia Ley procedimental administrativa ya prevé una normativa específica adecuada al llamado *Sistema de Schegen* (Acuerdo de Schengen de 1985 y, especialmente, Convenio de 19 de junio de 1990, de Aplicación del Acuerdo de Schengen y normas que lo desarrollan), y

es obvio que esa especificidad puede entrañar modulaciones del sistema de garantías contemplado en la propia Ley 30/1992.

La innovación más relevante contemplada por el art. 27 en materia de garantías, frente al texto originario equivalente (numerado como art. 25), se ciñe a la exigencia de motivación de la resolución administrativa denegatoria del visado. El art. 25.3 L.O. 4/2000 exigía que la denegación fuera expresa y motivada, si bien, de inmediato, establecía una excepción: *Excepcionalmente y con carácter temporal, el Gobierno podrá establecer para los nacionales de un determinado país, o procedentes de una zona geográfica, supuestos en los que la denegación no ha de ser motivada*, bien que la salvedad precedente no regía cuando se tratara de visados de residencia solicitados por personas que invocaran ser titulares de un derecho subjetivo a residir en España, supuesto en el que la denegación había de ser, en todo caso, motivada.

Tras su reforma por la L.O. 8/2000, el art. 27.5 exige, con más precisión que su texto equivalente anterior, el carácter inexcusable de la motivación de la denegación de visado cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Por otro lado, si la denegación fuese debida a la inclusión del solicitante de visado en la lista de personas no admisibles a que se refiere el art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el propio art. 27.5 dispone que se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas en dicho Convenio. Para los demás supuestos el art. 27.5 guarda silencio, si bien su interpretación *a sensu contrario* nos conduce a entender que en esos restantes supuestos la denegación de visado no habrá de ser motivada.

Como puede apreciarse, la diferencia de regulación legal en este punto no es tan grande como pudiera hacer pensar una lectura precipitada del texto del art. 20.2. La Ley Orgánica 4/2000 posibilitaba, todo lo excepcionalmente que se quiera, la no motivación de la denegación de visado. Tras su reforma por la L.O. 8/2000, se amplía, potencialmente al menos, el número de supuestos en que la motivación de la resolución administrativa denegatoria no va a ser necesaria.

Conviene recordar que el art. 12.3 de la L.O. 7/1985 disponía que: *Para la concesión del visado se atenderá el interés del Estado español y de sus nacionales, en los términos previstos reglamentariamente. La denegación no necesitará ser motivada.*

Ciertamente, la concepción recogida por la L.O. 7/1985 viene a concebir el visado como un instrumento de control de la entrada de extranjeros, en cierto modo vinculada con la función de dirección de la política exterior que el art. 97 CE atribuye al Gobierno. En conexión con esa visión se venía a sostener la discrecionalidad de la concesión o denegación del visado.

Esa visión, modulada desde luego por el inexcusable respeto a los derechos subjetivos que pueda haber en juego, cuando los haya, no ha dejado de estar presente, aunque atenuadamente, ni en la L.O. 4/2000 (véase su art. 25.2) ni en la reforma operada en ella por la L.O. 8/2000 (véase su art. 27.3, que sujeta el ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados a los compromisos internacionales vigentes en la materia, potestad que además ha de orientarse, entre otros objetivos, al cumplimiento de los fines de política exterior del Reino de España).

El Tribunal Constitucional, en buena medida, ha legitimado esta concepción. A su juicio (STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 3º), la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadanos. Es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella (de igual forma, STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 4º).

Si los argumentos expuestos precedentemente los proyectamos sobre la determinación del art. 27.5, podremos constatar que cuando la solicitud de visado tiene que ver con derechos o intereses legítimos, se exige la motivación de la resolución denegatoria. Sólo cuando nada tenga que ver con tales derechos o intereses será innecesaria aquella motivación. Ciertamente, toda restricción de derechos ha de ser motivada; de ahí que cuando exista un supuesto derecho o interés, la Ley exija la motivación; pero justamente cuando no se aprecie derecho subjetivo alguno para entrar en España, pues, como antes señalábamos, siguiendo la doctrina constitucional, no existe un derecho de los extranjeros a entrar o residir en España, es cuando no se requerirá la motivación de la resolución denegatoria.

Si a las anteriores reflexiones unimos que hay bienes relevantes en juego, como la seguridad ciudadana, la política de inmigración, a los que la propia Ley alude (en su art. 27.3), la defensa del orden y la prevención del delito, entre otros varios, y atendemos a la circunstancia de que la resolución es controlable en sede jurisdiccional, tendremos razones suficientes como para concluir que no puede oponerse reparo alguno desde la óptica constitucional a la previsión del inciso final del nuevo art. 20.2 de la Ley.

Desde otra perspectiva, se ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva se vería constreñido en el caso del procedimiento de expulsión preferente contemplado por el art. 63 de la Ley, en cuanto que dificultaría enormemente la defensa por la perentoriedad de los plazos que la citada norma prevé.

Frente a esa argumentación no cabe sino esgrimir que en el citado procedimiento se respetan las garantías de defensa de la persona objeto de un expediente de expulsión. En efecto, la propuesta motivada de expulsión, cuando proceda, se ha de hacer llegar por escrito al interesado; éste, en los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva, tendrá derecho a asistencia letrada que, en su caso, se le proporcionará de oficio, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita cuando careciere de medios económicos. De otro lado, la resolución administrativa sancionadora será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes. No encontrándose el extranjero en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente, de conformidad con lo establecido por el art. 65 de la Ley. En definitiva, la ejecución de la resolución de expulsión no priva al extranjero expulsado de su derecho a los recursos previstos por la Ley.

Por todo lo expuesto bien puede concluirse significando que el procedimiento preferente de expulsión no produce indefensión ni, por lo mismo, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva.

B) El derecho al recurso contra los actos administrativos y la ejecutividad de la resolución de expulsión con carácter preferente

La L.O. 8/2000 ha modificado, más en la letra que en su espíritu, el apartado segundo del art. 21 de la L.O. 4/2000, artículo relativo al derecho al recurso contra los actos administrativos. De conformidad con la nueva redacción dada al citado art. 21.2:

El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente.

Como acaba de señalarse, el espíritu de la reforma es el mismo de la redacción originaria del precepto. En efecto, el art 19.2 de la L.O. 4/2000 (equivalente al actual 21.2) disponía:

El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general por la ley, salvo lo dispuesto sobre el procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica.

El contraste entre ambas normas revela meridianamente que el espíritu de la norma pervive idéntico tras su reforma, pudiéndose identificar en el deseo de extender los criterios generales del procedimiento admi-

nistrativo común, en cuanto a la justicia cautelar, también a los actos administrativos dictados en materia de extranjería. Esa es la regla general que sigue haciendo suya el art. 21.2. Tal regla general nos viene dada por la previsión del art. 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la cual: *La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa*, norma que encuentra su desarrollo en el art. 21.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y a cuyo tenor: *Las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa no serán ejecutivas en tanto no haya recaído resolución del recurso ordinario que, en su caso, se haya interpuesto o haya transcurrido el plazo para su interposición sin que ésta se haya producido*. Está, pues, es la regla general que rige en la Ley.

El inciso final del art. 21.2 de la Ley, tras su reforma por la 8/2000, contempla una salvedad frente a esa regla general. La excepción viene referida a *lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente*. Y en efecto, el art. 63.4 de la Ley dispone: *La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos (procedimiento preferente) se efectuará de forma inmediata*.

La salvedad referida también se hallaba prevista, como ya se ha advertido, en el art. 19.2 del texto originario de la L.O. 4/2000, que contemplaba como excepción frente al régimen de ejecutividad de los actos administrativos previsto con carácter general, *lo dispuesto sobre el procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica*. Sin embargo, lo cierto es que la Ley no regulaba de modo específico ningún procedimiento con tal denominación, lo que tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 ha sido subsanado.

La constitucionalidad del art. 21.2 de la Ley 4/2000, reformada por la 8/2000, no admite dudas de ningún género a la vista de la doctrina sentada por el TC en su Sentencia 115/1987. En efecto, en ese fallo el Tribunal razona como sigue:

La regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos puede ser perfectamente válida como regla general, y puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, si ésta exige la comprensión de los derechos de los extranjeros. Pero esta comprensión es una excepción a la regla del funcionamiento normal del derecho, que debe ser interpretada restrictivamente, debe producir la mínima perturbación posible en el derecho afectado, sólo ha de producirse en los casos y por las circunstancias que la Ley prevé (STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 4º).

El Tribunal, en la misma línea argumental, sigue razonando del siguiente modo:

La efectividad de la tutela judicial que el art. 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales (STC 115/1987, fund. jur. 4º).

En definitiva, de la doctrina constitucional pueden extraerse estas consecuencias:

1ª) El derecho a la tutela judicial efectiva es uno de esos derechos que requiere de igualdad de trato entre españoles y extranjeros. El art. 21.2 es plenamente coherente con esa exigencia en cuanto que en su inciso primero extiende los criterios generales del procedimiento administrativo común, en cuanto a la justicia cautelar, también a los actos administrativos dictados en materia de extranjería, abandonando así la cláusula inicialmente acogida por el art. 34 de la L.O. 7/1985, que consagraba como principio general absoluto la no suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros.

2ª) La efectividad de la tutela judicial que el art. 24 CE establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido. La regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos, incluso cuando comprima derechos de los extranjeros, puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como es el caso de la seguridad exterior del Estado, el orden público, la defensa del orden y la prevención del delito y los derechos y libertades ajenos, bienes todos ellos a cuya salvaguarda responde la salvedad prevista por el art. 21.2 frente al régimen general de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería.

3ª) En cuanto supone una comprensión o restricción de un derecho, la quiebra de la regla general en el régimen de ejecutividad de los actos administrativos sólo ha de producirse en ciertos casos y por las circunstancias previstas por la Ley. Por ello, y en el estricto respeto a esta interpretación del TC, el art. 21.2 de la Ley circunscribe la quiebra del principio general a unas resoluciones muy específicas y concretas: las resoluciones de expulsión con carácter preferente a que alude la Ley.

Es por todo lo expuesto por lo que puede concluirse que el art. 21.2 de la Ley es plenamente legítimo desde el punto de vista constitucional.

C) El derecho a la asistencia jurídica gratuita

La L.O. 8/2000 ha modificado los dos apartados que integran el actual art. 22 (anterior art. 20), relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita. A tenor del nuevo precepto:

1. Los extranjeros que se hallan en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de

asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.

Las modificaciones introducidas por la Ley respecto al tratamiento de este derecho por la redacción originaria de la L.O. 4/2000 se circunscriben a las dos siguientes:

1ª) Pierden el derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, cuando acreditaran insuficiencia de recursos económicos para litigar.

2ª) El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo, se reconoce no a *los extranjeros* genéricamente, como hacía el art. 20.1 de la L.O. 4/2000 en su redacción originaria, sino a *los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita*.

El razonamiento a seguir para mostrar la constitucionalidad de esta norma, que no admite la más mínima duda, más aún si se advierte que no es la única norma legal a la que ha de atenderse para una cabal y completa comprensión de la materia, exige atender a la doctrina constitucional establecida en torno al derecho a la gratuidad de la justicia que consagra el art. 119 CE. Tal doctrina puede sistematizarse como sigue:

1) El derecho a la gratuidad de la justicia *es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello* (STC 16/1994, de 20 de enero, fund. jur. 3º). Más ampliamente, este derecho trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar (STC 138/1988, de 8 de julio, fund. jur. 2º)

2) *Es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, co-*

rresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias (STC 16/1994, fund. jur. 3º).

3) El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado –penal, laboral, civil, etc.– o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento (STC 16/1994, fund. jur. 3º).

4) El reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal va unido, en el propio texto del art. 119 CE, a la explicitación de un contenido constitucionalmente indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. *Lo hace en el segundo inciso al proclamar que ‘en todo caso’ la gratuidad se reconocerá ‘a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar’.* Esta fórmula encierra un núcleo indisponible que, sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos (STC 16/1994, fund. jur. 3º).

5) El derecho a la designación de Abogado y Procurador de oficio únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en todos los demás casos, un derecho relativo sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales (STC 138/1997, de 22 de julio, fund. jur. 4º).

A la vista de esta doctrina constitucional y de las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de este derecho por la L.O. 8/2000, se imponen varias reflexiones encaminadas a mostrar la legitimidad constitucional de dicho régimen.

Aunque la Ley prescinde de la referencia a los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, algo que, a nuestro juicio, entra dentro de la plena capacidad dispositiva del legislador, mantiene como titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, quienes se encuentran en condiciones de absoluta igualdad con los españoles. Se sigue así la pauta sentada por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, cuyo art. 2º, al abordar el ámbito personal de aplicación, se refiere en su apartado a), entre otros, a los extranjeros que residen legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Al margen ya de los extranjeros residentes, el apartado primero del art. 22 concede este derecho a la asistencia jurídica gratuita (como también el derecho a la asistencia de intérprete) a los extranjeros que se ha-

llen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la Ley 1/1996, en relación con unos procedimientos administrativos o judiciales cualificados, por sus posibles consecuencias: la denegación de entrada en territorio español y su devolución o expulsión de nuestro territorio; de igual forma, se reconoce este derecho en todos los procedimientos en materia de asilo. La exigencia de hallarse en España, aparte ya de parecernos absolutamente lógica, evita a la Administración un notable volumen de recursos humanos, económicos y organizativos, recursos que serían necesarios de no mediar tal exigencia, pues de ello se derivaría la prestación de este derecho cuando, por ejemplo, fuere denegado un visado en una oficina consular de España. Innecesario es decir que la incorporación de tal exigencia de hallarse en España para la prestación de este derecho se enmarca plenamente en la libre capacidad de configuración del derecho por el legislador, que, como es doctrina constitucional ya expuesta, puede atender a la hora de configurar este derecho a los recursos económicos de que pueda disponer en cada momento.

Y en cuanto a la exigencia, también incorporada por la L.O. 8/2000, de que el extranjero que se halle en España carezca de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, ha de considerarse perfectamente coherente con la finalidad inmediata que, a juicio del TC, persigue este derecho, que no es otra que permitir el acceso a la justicia a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello.

La Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social no pretende en esta materia abarcar toda la regulación de la misma; no tendría sentido que lo hiciese, pues la previsión del art. 119 CE (*la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley*) acogía una reserva de Ley a la que iba a dar cumplimiento el legislador ordinario por intermedio de la ya citada Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, norma legal cuyo art. 2º, e) dispone: *En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español*. Esta previsión, que hacía innecesaria su reiteración por la L.O. 8/2000, da pleno cumplimiento a las normas del Derecho convencional, que exigen que toda persona acusada de un delito tenga derecho, siempre que el interés de la justicia así lo exija, a que se nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo (art. 14.3, d/ del PIDCP y art. 6º.3, c/ del Convenio de Roma) y, de igual forma, satisface en plenitud la doctrina jurisprudencial del TC, para el que, como ya dijimos, el derecho que nos ocupa *únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en to-*

dos los demás casos, un derecho relativo sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales (STC 138/1997, de 22 de julio, fund. jur. 4º).

En definitiva, a la vista del art. 22 de la Ley, tras su reforma por la L.O. 8/2000, y teniendo en cuenta las previsiones de otras normas legales, como particularmente, las de la Ley 1/1996, y también las de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el art. 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es evidente que la norma en cuestión no suscita tacha o reparo constitucional alguno, siendo plenamente legítima desde la óptica constitucional. ■

NOVOS PROCESOS DE DECISIÓN PÚBLICA (A calidade de vida urbana)

Begoña Barreiro Fernández

Profesora asociada de organización e administración de empresas
Universidade de Santiago de Compostela

José A. Díez de Castro

Profesor titular de organización de empresas
Universidade de Santiago de Compostela

1. Introducción

Os organismos públicos afrontan habitualmente problemas complexos, dificilmente cuantificables e con intereses conflictivos entre os seus membros. A análise tradicional para a toma de decisións públicas non é quen de integrar correctamente nun modelo, nin resolver adecuadamente este tipo de feitos.

Nos últimos anos logrouse desenvolver un grande número de técnicas que incorporan estes elementos de decisión e que axudan moi eficazmente o decisor público na toma de decisións.

O campo máis fructífero dentro da decisión pública encóntrase no emprego da metodoloxía multicriterio. A través dela, pódense contemplar simultaneamente na análise tódalas dimensións precisas para a axeitada análise do problema.

No ámbito da decisión pública, encontramos na literatura mostras recentes do adecuado tratamento de problemas de xestión con grande repercusión cidadá, a continuación recolleemos algunhas delas:

- Xestión de enerxía nuclear (Briggs, Kunsch e Mareschal, 1990; Jansen, Nijkamp e Rietveld, 1990);

- Xestión da sanidade pública (Avignon e Mareschal, 1989; Martel e Thomassin, 1992);
- Xestión dos residuos urbanos (Karagiannidis e Moussiopoulos, 1997; Hokkanen e Salminen, 1994; Munda, Nijkamp e Rietveld, 1994);
- Xestión do transporte público urbano (Hugonnard e Roy, 1983; Tabuanon e Harng-Mo, 1995; Yu-Hern e Tsuen-Ho; 1994);
- Xestión do medio natural (Avignon e Sauvageau, 1996; Rousseau e Martel, 1994);
- Aproveitamento de auga potable (Maystre e Pictet, 1994; Al-Kloub, Al-Shemmeri e Pearman, 1997).

Os decisores deben subministra-los criterios, ponderacións, limiares de permisividade, e outros datos fundamentais do proceso de decisión. Con todo isto conséguese descubrir, racionalmente, que as accións que teñen unha determinada combinación de características son máis axeitadas ca outras.

A análise multicriterio pode indicar que é mellor ou peor, que é conveniente ou inconveniente, non tanto para dicir expresamente o que se debe ou non se debe facer, como para guiar as solucións, evitando cometer erros graves na decisión política.

Á vez estes métodos permiten integrar as actuacións estrictamente políticas nas fases finais do proceso de decisión, ó abrir un campo ou delimitar un espazo viable, no que a decisión política pura ten unhas sólidas bases metodolóxicas e un excelente marco de actuación. Desta forma, as técnicas multicriterio son un avance significativo na tarefa de abordar as decisións públicas.

Ilustrando estes argumentos, empregaremos o modelo proposto pola Comisión Europea para medir a calidade de vida urbana. Realizaremos unha aplicación do dito modelo á cidade de Lugo, mediante o emprego da técnica multicriterio PROMETHEE II (Brans e Vincke, 1985; Brans e Mareschal, 1990; Fernández Barberis, 1991; Díez, Díez e Sánchez, 1997).

2. A cidade como elemento de análise

2.1. Xustificación do problema

A calidade de vida está composta de varios aspectos, incluídos o nivel material de vida, a saúde e a seguridade públicas, o acceso á educación, a asistencia sanitaria, unha ocupación satisfactoria, as posibilidades de desenvolvemento e realización persoal, a comunidade, a cultura, a vida social e o lecer, servizos ambientais e calidades estéticas.

O problema presentado é de natureza multicriterio. Poucas veces podemos encontrar obxectos tan heteroxéneos, de información cualitativa ou cuantitativa, contradictorios, múltiples e complexos como a calidade de vida.

Neste contexto, o modelo de auditoría urbana empregado adáptase á filosofía europea de busca de desenvolvemento de cidades sostibles. O éxito ou o fracaso das cidades dependerá en grande medida das propias cidades e, en particular, de se dispoñen dun liderado político con visión de futuro e unha xestión sa.

As cidades sostibles buscan o desenvolvemento que satisfaga as necesidades actuais sen poñer en perigo a capacidade das futuras xeracións de satisfacer as súas propias necesidades. Deben mellorar a calidade de vida dentro dos límites dos ecosistemas. As cidades sostibles deberán posuír un forte liderado cívico e crear asociacións locais eficaces entre os sectores público, privado e o voluntariado. Farán fincapé na redución do uso de recursos, a diminución ó mínimo dos residuos, a igualdade e o benestar social. As cidades sostibles serán lugares atractivos para os investimentos, así como zonas agradables nas que vivir e traballar.

O desenvolvemento urbano sostible implica a preocupación pola calidade de vida (non só o aumento dos ingresos), pola igualdade entre as persoas no presente (incluída a loita contra a pobreza), pola igualdade interxeracional (as persoas do futuro merecen un medio natural que sexa, como mínimo, tan bo coma o que temos actualmente, se non mellor) e polo aspecto social e ético do benestar humano. Presupón que o desenvolvemento debe continuar só se os sistemas naturais poden soportalo. É evidente que estes obxectivos requiren a integración dos diferentes aspectos das políticas urbanas nun marco globalizador (Comisión Europea, 1998; 15-16).

2.2. A cidade na Unión Europea

As cidades desempeñan un papel primordial na Unión Europea. Tras un período de dominio na Idade Media, empezou unha lenta decadencia en favor das nacións. A construción da nova Europa unida provocou a súa revitalización. Europa estase a converter na Europa das cidades.

A proporción da poboación europea que vive en asentamentos urbanos segue a medrar e as cidades máis grandes danlle abeiro a unha grande parte da poboación. A Unión Europea é a zona máis urbanizada do mundo, xa que o 80% da poboación total vive en zonas urbanas.

Arredor do 20% da poboación da Unión vive en grandes zonas urbanas de máis de 250.000 habitantes, outro 20% faíno en cidades de mediano tamaño de entre 50.000 e 250.000 habitantes, e un 40% en núcleos urbanos máis pequenos de entre 10.000 e 50.000 habitantes.

É posible determinar un claro ciclo de cambio urbano no sistema europeo: da desurbanización á reurbanización, con estreitos lazos entre desprazamentos da poboación e cambios económicos. Nos anos 70 deuse unha fase de traslado da poboación e dos postos de traballo ás aforas, ó tempo que crecían as cidades máis pequenas. A partir de mediados dos anos 80 produciuse unha ralentización deses movementos de poboación durante o período de recesión económica e, ultimamente, volveu aumenta-la poboación dalgúñas cidades grandes e medias, debido en parte a plans de investimentos públicos e privados nos centros históricos das cidades (Comisión Europea, 1998; 13).

As cidades seguen cambiando. Novos fenómenos como as migracións dos países da Europa do Leste, África ou América; a unión monetaria, ou a ampliación da Unión Europea traerán novos cambios nos próximos anos. As cidades son entes vivos, cunha dinamicidade que permite mellorar ou empeora-la súa posición relativa en función do grao de acerto que teñan os seus responsables cidadáns e políticos para adoptar liñas positivas a medio e longo prazo.

A ampliación, por exemplo, suporá a inclusión de novas cidades cun desenvolvemento que nas últimas décadas estivo sometido a forzas diverxentes. As áreas urbanas dominadas por medios industriais pesados enfróntanse á obsolescencia, ó uso pouco racional da enerxía, ós danos ambientais, á expansión urbana e a servizos urbanos insuficientes, todo isto complicado polas deficiencias dos sistemas de ordenación dos usos do solo.

Características urbanas positivas, como os altos niveis de utilización do transporte público, as baixas taxas de delincuencia, as elevadas taxas de emprego, o baixo custo da vivenda e dos servizos sociais, a pouca segregación social e a boa conservación dos núcleos históricos, vense ameazados. A escasa tradición de goberno municipal afecta a capacidade de lles facer fronte ós novos retos (Comisión Europea, 1999; 33).

2.3. A medición da evolución das cidades

Os indicadores urbanos son indispensables para comprende-la evolución social, económica e do medio natural das cidades.

Os cidadáns necesitan indicadores urbanos pertinentes para adaptaren rapidamente as súas formas de vida e comportamentos ás evolucións detectadas.

As empresas precisan indicadores urbanos pertinentes para lograr reaccionar ás demandas dos consumidores así como poder dirixir organizacións de forma correcta cunha forza de traballo mellor preparada nunha sociedade do coñecemento.

Finalmente, os decisores políticos necesitan indicadores urbanos per-

tinentes para xustifica-la adopción de políticas ou regulamentacións en función das prioridades sociais que indican.

Nas cidades danse os fenómenos extremos de riqueza e pobreza. Pódense encontrar persoas cun nivel de vida desorbitado e casos de necesidades severas. É, por conseguinte, un excelente obxecto de laboratorio para observar tódalas contradicións, tódalas diferencias, entre os compoñentes dunha sociedade moderna.

As cidades, xunto coa súa zona de influencia, son a mellor base para as actuacións que se lles piden ós responsables dunha sociedade democrática. Só nese tamaño de comunidade será posible poñer a traballa-lo talento e os cartos dos máis afortunados co fin de proporciona-lo investimento en infraestrutura e a axuda para os menos afortunados (Handy, 1996; 259).

O 80% da poboación da Unión Europea vive en áreas urbanas. Europa é primeiro e principalmente urbana. Existe un interese crecente por unha avaliación da calidade de vida nas cidades europeas. O progreso do continente depende da capacidade das cidades para afrontar os desafíos do futuro, da súa responsabilidade e apertura ó cambio.

2.4. O modelo de auditoría urbana

A Comisión Europea propuxo un modelo de auditoría urbana que pretendía recoller información e datos comparables desde o punto de vista da cidade, de unidades territoriais maiores e de barrio. Este proxecto lévase a cabo de conformidade co artigo 10 do Regulamento do FEDER (medidas de carácter innovador). O que pretende a comisión con este modelo é avalia-lo estado dunha mostra de cidades e facilita-lo acceso a datos comparativos sobre outras cidades europeas.

Con este obxectivo elaborouse un informe sobre 58 cidades europeas. No dito informe preséntanse tódolos indicadores verbo das cidades, das unidades territoriais maiores e dos barrios por medio de cadros, gráficos, mapas e comentarios.

A análise comparativa baseada nestes indicadores permitiralles ás cidades avalia-los seus progresos e identifica-las súas dificultades específicas. Así mesmo, contribuirá ó intercambio de información entre cidades.

Os indicadores utilizados cobren cinco ámbitos: os aspectos socioeconómicos, a participación na vida cívica, a formación e a educación, o medio natural, o lecer e a cultura.

Esta metodoloxía foi aplicada a 58 cidades durante a auditoría. Estas inclúen varias cidades dentro de cada estado membro co fin de cubriren unha porcentaxe significativa da poboación de cada país. París e Londres foron excluídas do estudio por mor das súas excesivas dimensións.

O modelo considera presente e pasado, eficiencia e ética, desenvolve-

mento e sostibilidade, que se entrelazan nos distintos apartados e que configuran unha visión global axustada da realidade urbana.

Europa faise máis complexa e as disparidades xeográficas estanse a ampliar. As cidades vense coma aceleradores dun desenvolvemento zonal equilibrado, recoñécense coma unha condición previa para a cohesión económica e social europea.

3. Análise da calidade de vida na cidade de Lugo (1995-1998)

3.1. Obxecto da análise

A través desta análise empírica queda de manifesto, dunha banda, a orixinalidade e dificultades da aplicación realizada no presente traballo; doutra, a posibilidade de transplanta-lo esquema teórico xeral a cuestións públicas concretas.

Evidentemente, calquera situación de decisión que poida ser exposta como a elección entre algunhas posibilidades desde unha perspectiva multidimensional a cargo dun decisor, pode ser tratada mediante procedementos multicriterio. Con estes argumentos non temos dúbida de que o problema analizado e a súa adaptación e tratamento non teñen réplica na literatura multicriterio.

A calidade de vida ten unha connotación dinámica. Só se pode saber se mellora ou empeora en relación con outros anos, que se converten na nosa base de comparación.

A análise pretende obter unha ordenación dos anos en relación co nivel de calidade de vida obtido. A preferencia pola acción (ano) situada no primeiro lugar ten aquí un sentido diferente ó habitual. Non indica aquela que se elixe para executala «a posteriori», senón aquela que alcanzou os máis altos niveis de satisfacción para a cidadanía por mellorar, globalmente falando, a súa calidade de vida. A análise ten así unha connotación dinámica de busca permanente por parte do decisor público da mellora na calidade de vida dos cidadáns e intenta que o último ano estea sempre colocado en primeira posición trala aplicación do modelo.

Utilizámo-lo modelo proposto pola Comisión Europea para medir a calidade de vida da cidade de Lugo. O modelo, segundo argumentamos, tivo o carácter de «imposto». Pola súa finalidade de homoxeneidade e para os efectos comparativos cos estudos emprendidos en toda Europa, non nos cuestionamos se o modelo é absolutamente idóneo «a priori».

Para termos unha serie histórica suficientemente ampla co obxecto de realizar un estudio das tendencias observadas, consideramos preciso levar a cabo a aplicación para un cuatrienio (1995-98).

3.2. Indicadores do modelo

A continuación indícanse os 33 indicadores individuais, de que consta o modelo, agrupados segundo áreas.

■ *Aspectos socioeconómicos:*

1. Poboación total distribuída por sexos e idades
2. Estructura familiar
3. P.I.B per cápita
4. Ingresos familiares
5. Poboación por debaixo do salario mínimo
6. Número de persoas sen fogar
7. Número de persoas cuns únicos ingresos que proveñen da Seguridade Social
8. Custo da vivenda: alugueiros comparados cos ingresos
9. Número de residentes en vivendas propias
10. Proporción de estranxeiros, residentes ou inmigrantes, cidadáns da Unión Europea e de fóra da Unión Europea.
11. Esperanza de vida
12. Ratio de delincuencia
13. Estructura de poboación activa asalariada por industria / sector
14. Porcentaxe de poboación empregada sobre a poboación total
15. Ratio de crecemento do emprego
16. Poboación non activa e poboación en paro
17. Nivel de participación da muller no mercado de traballo

■ *Implicación cidadá:*

18. Ratio de participación nas últimas eleccións municipais
19. Proporción de residentes sen dereito a voto
20. Nivel de mulleres entre os representantes locais elixidos

■ *Niveis de preparación e educación:*

21. Nivel de abandono escolar na educación primaria e secundaria
22. Nivel de educación da poboación detallado por sexos
23. Centros de educación superior
24. Ratio de ocupación das garderías

■ *Medio natural:*

25. Calidade do aire e da auga, nivel de ruído en termos de «estándares» europeos
26. Consumo dos recursos enerxéticos e de auga
27. Reciclaxe de residuos líquidos e sólidos
28. Patróns do tráfico, transporte público e privado
29. Proporción de zonas verdes
30. Densidade de poboación

■ Lecer e cultura:

31. Número de pases cinematográficos e funcións teatrais anuais, números de actividades culturais.

32. Número de museos e visitantes anuais

33. Número de instalacións deportivas.

3.3. Método empregado

Escollemos un método de ordenación posto que se trataba de analizar a evolución da calidade de vida ó longo de catro anos, vendo a mellora ou empeoramento dela. Desta forma o problema reúne tódolos requisitos que segundo Roy e Bouyssou (1993) conducen a un procedemento de ordenación:

- cando polo menos un criterio non é cuantitativo; para que as ratios de intervalo de preferencia non teñan sentido;
- cando as unidades dos criterios diferentes son tan heteroxéneas que codificalos nunha escala común parece ser difícil ou artificial;
- cando as compensacións, entre ganancias nalgúns criterios e perdas noutros, no están claras;
- cando algúns limiares de veto ou preferencia teñen que ser tomados en conta.

Eliximos estudar a aplicación baixo o método PROMETHEE II, que se describe brevemente a continuación (Díez, Redondo e Barreiro, 1997).

PROMETHEE necesita como datos previos que haxa que introducir no modelo:

- Un conxunto de accións posibles (anos 1995, 1996, 1997, 1998);
- As avaliacións de cada acción en cada criterio (puntuacións de cada ano para calquera indicador, que se converten en índices de preferencia parciais);
- Ponderacións dos criterios (os 33 indicadores considéranse igualmente importantes);
- Representación dos criterios (maioritariamente tipo pseudocriterio, ocasionalmente criterios verdadeiros).

Unha vez calculados tódolos índices de preferencia parciais entre parellas de accións para tódolos criterios; e tras agregar estes alcanzamos unha matriz de índices de preferencia globais que vai permiti-la determinación do fluxo de saída e de entrada de cada ano, engadindo a fila e columna correspondente da dita matriz.

Se lle extraémo-lo fluxo de entrada de cada acción ó valor do fluxo de saída desta obterémo-lo fluxo neto para cada parella de accións. Com-

parando dúas a dúas as accións, aquela que presente un valor máis alto de fluxo neto sobreclasificarase ou será preferida a aquela coa que se compara.

Os resultados analizáronse individualmente e empregouse a metodoloxía descrita na forma que mostra o seguinte exemplo.

Indicador 19: Proporción de residentes sen dereito a voto

Neste criterio considerámo-los residentes do municipio de Lugo como os que aparecen empadroados no censo de 1991, padrón municipal de 1996, e a revisión de 1998. Os datos anteriores comparámoslos cos censos dos que se dispón previamente ás eleccións que indican o número de persoas que poden votar en cada unha delas.

Poboación total na cidade de Lugo:

TÁBOA 1.

Ano 1991	Ano 1996	Ano 1998
82.434	85.174	86.620

Fonte: IGE. Padrón municipal de habitantes e estatística de poboación 1991,1996. Estructura de poboación. Revisión de padrón o 1 de xaneiro de 1998.

Na seguinte táboa incluímo-lo número de residentes sen dereito a voto:

TÁBOA 2.

Eleccións	Municipais 95	Xerais 96	Autonómicas 97	Municipais 99
Censo	72.223	72.090	76.081	74.293
Poboación	82.434	85.174	85.174	86.620
Residentes sen dereito a voto	10.211	13.084	9.093	12.327

Fonte: Partido Popular de Galicia. Elaboración propia.

Proporción de residentes sen dereito a voto (en porcentaxes):

TÁBOA 3.

Municipais 95	Xerais 96	Autonómicas 97	Municipais 99
12,38	15,36	10,67	14,23

Fonte: elaboración propia.

■ *Construcción do indicador:*

O valor mínimo da escala corresponderíase cunha proporción de polo menos o 20% de residentes sen dereito a voto e o valor máximo cun 5%, ou menos, de persoas que non poden votar no municipio. Os valores obtidos son os seguintes:

TÁBOA 4.

Ano 1995	Ano 1996	Ano 1997	Ano 1998
51	31	62	39

■ *Resultados do criterio:*

Índices de preferencias globais.

TÁBOA 5.

IPG	Lugo 95	Lugo 96	Lugo 97	Lugo 98	Fl. de saída
Lugo 95	-	1	0	0,75	1,75
Lugo 96	0	-	0	0	0
Lugo 97	0,66	1	-	1	2,66
Lugo 98	0	0,41	0	-	0,41
Fl. de entrada	0,66	2,41	0	1,75	

Clasificación con base no fluxo neto.

TÁBOA 6.

1º. Lugo 97	2,66
2º. Lugo 95	1,08
3º. Lugo 98	- 1,33
4º. Lugo 96	- 2,41

3.4. Principais resultados

Unha vez examinados os 33 criterios os resultados finais para cada ano foron os seguintes:

TÁBOA 7.

Accións	Total fluxos netos
Lugo 98	23,8
Lugo 97	12,3
Lugo 96	- 12,95
Lugo 95	- 23,42

Unha das posibilidades do método é a súa enorme versatilidade para ampliar ou complementa-la análise do problema. Así, por exemplo, podemos agrega-las puntuacións individuais previas obtidas por cada ano, e desagregalas con respecto ó conxunto de criterios ou desde o punto de vista individual. A seguinte táboa recollería esta información.

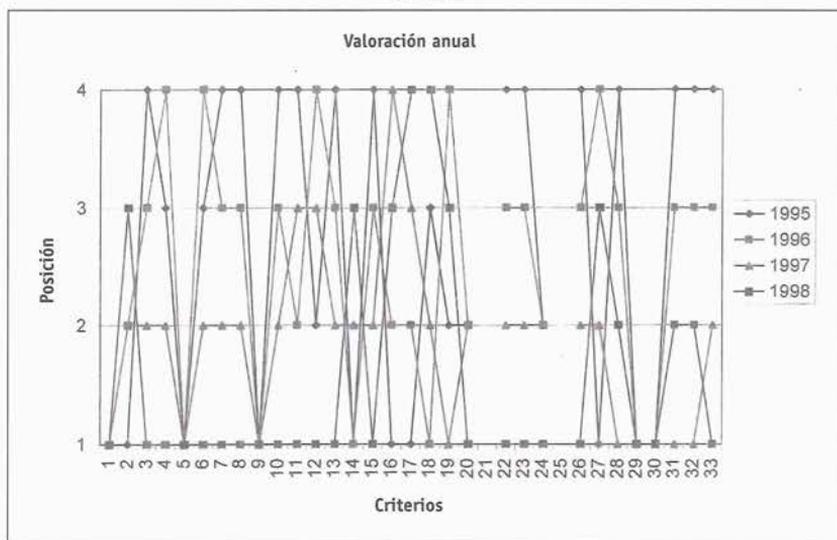
Puntuación global de calidade de vida:

TÁBOA 8.

	Lugo 98	Lugo 97	Lugo 96	Lugo 95
Aspectos socioeconómicos	992	949	947	916
Implicación cidadá	126	141	132	128
Niveis de preparación e educación	183	160	144	122
Medio natural	284	304	243	275
Lecer e cultura	194	199	125	84
Total	1.779	1.753	1.591	1.525

Unha posibilidade complementaria de grande utilidade é a análise gráfica dos resultados. No gráfico número 1 (incluído ó final do artigo) recóllense, por exemplo, o conxunto de rangos acadado por cada acción nos 33 criterios.

GRÁFICO 1.



Neste gráfico podemos observa-la existencia de perfís para cada un dos anos. Os dentes de serra resaltan os cambios de posición dun mesmo ano no conxunto de criterios. Desta maneira, os «cruzamentos» entre accións representan a falta de unanimidade nos rangos obtidos para cada ano. Quere isto dicir que a posición obtida por un ano na clasificación final debe ser matizada polas posicións relativas que esa acción vai alcanzando en cada criterio de maneira individual.

4. Limitacións do estudio

Detectamos unha insuficiencia grave nas estatísticas que hai que empregar. Desde tódolos ámbitos, europeo, nacional ou autonómico, non se desagrega máis alá de certo nivel. Cando o elemento de referencia é a cidade, observamos que grande cantidade de estudos non descenden ata o nivel de municipio, e quedan como máximo en referencias provinciais. Isto sucede tanto se se trata de publicacións periódicas e regulares (Eurostat, Instituto Nacional de Estatística, Instituto Galego de Estatística) coma de obras puntuais ou irregulares.

A utilización de indicadores urbanos debe considera-las condicións e procesos urbanos específicos para unha zona e tempo determinados.

Certos indicadores son máis pertinentes ca outros segundo a localidade, as esixencias e limitacións deben ser recoñecidas neste aspecto.

En relación cos criterios económicos, parece que o modelo «conténtase con transplanta-los indicadores económicos, tradicionais, do nivel nacional ós niveis rexional e urbano, sen preocuparse, como sería conveniente facer, nin da compatibilidade das escalas xeográficas e os cadros temporais, nin das condicións e problemas específicos das cidades e a súa poboación. Esta práctica débese en parte a erros de concepción, así como ás divisións sectoriais tradicionais do traballo. Deriva tamén do feito de que as cidades non teñen a mesma capacidade de organizar e recolle-los datos e as informacións relativas a toda unha serie de condicións e problemas» (OCDE, 1997; 92).

As análises efectuadas realizáronse tendo en conta cada un dos criterios de maneira individualizada. Os efectos dinámicos e de interdependencia, inevitables por outro lado, non son considerados, empobrecendo así o estudo. Os sistemas urbanos teñen unha elevada complexidade e unha iniciativa específica dos poderes públicos, un campo afecta moitos outros.

En principio, 33 son demasiados indicadores e subcriterios. Obviamente, a complexidade do problema estudado require un número anormalmente elevado de dimensións que se deben considerar. Sen embargo, parece que puido facerse un esforzo adicional de síntese, que algúns indicadores son innecesarios e que outros se solapan parcial ou totalmente.

Hai unha desproporción entre o aspecto socioeconómico e os demais. Aínda que non implique un dominio dos outros, o volume de indicadores que leva asociado (máis do 50%) é un forte condicionante psicolóxico á hora de analiza-lo problema.

As ausencias son perceptibles no modelo. Son notables as carencias en temas que os expertos consideran básicos para medi-la calidade de vida urbana. Neste sentido, é primordial anota-la falta de consideración dos servizos sanitarios e a atención hospitalaria.

Parece fóra de calquera dúbida que a existencia dunha alta taxa de profesionais sanitarios, de establecementos sanitarios e camas en funcionamento, tanto no sector privado coma público, é indicativo fiable dun alto e equilibrado nivel de vida. A educación e a sanidade considéranse hoxe os dous piares dunha sociedade xusta e equilibrada. Do mesmo modo, a evolución do importe de gastos correntes e de investimentos neste campo, son un reflexo inequívoco da tendencia social dos orzamentos públicos.

O estudio centrouse nunha cidade media española. As extrapolacións das conclusións son difíciles. Dun lado, polo seu carácter pioneiro e a falta de referencias comparativas tanto dentro coma fóra de España. Doutro, polo seu carácter limitado en tempo e espazo.

Parece aconsellable profundar neste tipo de estudos en dous niveis. Dentro dun municipio medio, ó considerármola calidade de vida por barrios ou zonas delimitadas con claridade. Dentro dunha provincia, ó considerármolas comarcas ou vilas representativas.

4. Conclusións

A idoneidade da metodoloxía multicriterio para abordar problemas públicos explícase claramente no traballo realizado. Adoptar unha perspectiva multicriterio no contorno, a localización de instalacións, a expansión residencial, ou a calidade de vida, significa que o decisor ou decisores públicos admiten desde o inicio que non se van face-las eleccións sobre o criterio único do custo monetario.

As variables que afectan a calidade de vida non son (ou, polo menos, non son todas) cifrables en diñeiro. Constátase entón que a toma en consideración de criterios non monetarios desemboca en situacións contradictorias, onde certos criterios son cualitativos e, polo tanto, non medibles. E a única porta de saída é a análise multicriterio por agregación parcial (sobreclasificación).

O problema exposto, coma case todos en xestión pública, é de natureza multicriterio. Poucas veces, non obstante, podemos encontrar obxectos tan heteroxéneos, de información cualitativa ou cuantitativa, contradictorios, múltiples e complexos como a calidade de vida.

Na Unión Europea, as autoridades locais son responsables de dirixir e financia-la provisión de infraestrutura urbana en cantidade e calidade suficiente, de acordo cunhas expectativas crecentes dos cidadáns. Isto conduce os concellos a unha difícil situación.

As condicións urbanas están cambiando: novas demandas están a ser presentadas sobre as condicións xa existentes. Hai un recoñecemento crecente da necesidade de mellorar e revisa-los sistemas existentes para que alcancen o nivel de requirimentos presentes e futuros.

Neste contexto, o modelo de auditoría urbana empregado adáptase á filosofía europea de busca de desenvolvemento de cidades sostibles. O éxito ou o fracaso das cidades dependerá en grande medida das propias cidades e, en particular, de se dispoñen dun liderado político con visión de futuro e unha xestión sa.

O desenvolvemento urbano sostible implica a preocupación pola calidade de vida (non só o aumento dos ingresos), pola igualdade entre as persoas no presente (incluída a loita contra a pobreza), pola igualdade interxeracional (as persoas do futuro merecen un medio natural que sexa, como mínimo, tan bo coma o que temos actualmente, se non mellor) e polo aspecto social e ético do benestar humano.

O modelo prevé todas estas intencións e artícu-las correctamente. Presente e pasado, eficiencia e ética, desenvolvemento e sostibilidade, entrelázanse nos distintos apartados e configuran unha visión global axustada da realidade urbana.

Creemos que a grande achega do noso estudio é o seu carácter de pioneiro desde o punto de vista europeo. Só existen uns resultados preliminares do estudio piloto de grandes cidades encargado pola Comisión Europea. Isto permítenos constata-la dificultade de implantación práctica e de homoxeneización de informacións, o que nos fai augurar severos problemas para cumprir coas metas propostas na definición do modelo.

A calidade de vida presenta unha tendencia crecente no municipio de Lugo. Dentro desta progresión, os movementos non son homoxéneos. O progreso na calidade de vida integral permite apreciar nalgú-nas dimensións estancamentos e incluso retrocesos respecto a anos anteriores.

O modelo é plenamente eficaz ó permitir detecta-las dimensións nas que hai que actuar con prioridade para mellora-la calidade de vida. As escalas, os límites destas, os limiares e outros parámetros do modelo, poden e deben modificarse periodicamente para mante-la súa vixencia. ■

Bibliografía

- AL-KLOUB, B.; AL-SHEMMERI, T. y PEARMAN, A (1997): The role of weights in multicriteria decision aid, and the ranking of water projects in Jordan, en *European Journal of Operational Research*, vol. 99, páx. 278-288.
- AVIGNON, G. D' e MARESCAL, B. (1989): Specialization of hospital services in Québec. An application of the PROMETHEE and GAIA methods, en *Mathematical and Computer Modelling*, vol. 12, n° 10/11, páx. 1393-1400.
- AVIGNON, G. R. D' e SAUVAGEAU, M. (1996): L' Aide multicritère à la décision. Un cas d' intégration de critères techniques, économiques et environnementaux à Hydro-Québec, en *Recherche Operationnelle*, vol. 30, n° 3, páx. 317-332.
- BRANS, J. P. e MARESCAL, B. (1990): The PROMETHEE methods for MCDM: the PROMCALC, GAIA and BANKADVISER software, en Bana e Costa, C.(editor): *Readings in multiple criteria decision aid*, páx. 216-251, editorial Springer-Verlag
- BRANS, J. P. e VINCKE, P. (1985): A preference ranking organization method, the PROMETHEE method, en *Management Science*, vol.31.
- BRIGGS, T.; KUNSCH, P. e MARESCAL, B. (1990): Nuclear waste management: an application of the multicriteria PROMETHEE methods, en *European Journal of operational research*, vol. 44, n° 1.
- COMISIÓN EUROPEA (1998): *Ciudades europeas sostenibles*, Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas.
- COMISIÓN EUROPEA (1999): *O Fondo de cohesión e o medio natural - España*, Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas, páx. 33.
- DÍEZ DE CASTRO, J.; DÍEZ DE CASTRO, E. e SÁNCHEZ FRANCO, M. (1997): La elección del canal de distribución, en Díez C. E. (editor): *Distribución Comercial*, p. 45-66, editorial Mc-GrawHill.
- DÍEZ DE CASTRO, J.; REDONDO LÓPEZ C. e BARREIRO FERNÁNDEZ, B. (1997): *Ayuda a la decisión. Un nuevo instrumento de gestión*, editorial Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela.
- FERNÁNDEZ BARBERIS, G. M. (1991): Extensión a los métodos PROMETHEE de nuevas estructuras de preferencia para la toma de decisiones multicriterio discretas, Tese de doutoramento non publicada, Universidade de Alcalá de Henares.
- HANDY, C. (1996): *La edad de la paradoja*, editorial Apóstrofe.
- HOKKANEN, J. e SALMINEN, P. (1994): The choice of a solid waste management system by using the ELECTRE III decisión-aid method, en Paruccini, M. (editor): *Applying Multiple Criteria aid for Decision to Environmental Management*, páx. 111-153, editorial ECSC-EEC-EAEC.
- HUGONNARD, J. C. e ROY, B. (1983): Le plan d'expansion du metro en banlieu parisienne, en Jacquet-Lagrèze, E. e Siskos, J.: *Méthode de décision multicritère*, páx. 39-65, editorial Hommes et Techniques.
- INSTITUTO GALEGO DE ESTATÍSTICA (1996): Padrón municipal de habitantes e estatística de poboación. Estructura da poboación, Lugo, IGE.
- JANSSEN, J.; NIJKAMP, P. e RIETVELD, P. (1990): Qualitative Multicriteria Methods in the Netherlands, en BANA e COSTA, C. (editor), *Readings in Multiple Criteria Decision Aid*, páx. 383-409, editorial Springer-Verlag.
- KARAGIANNIDIS, A. e MOUSSIOPOULOS, N. (1997): Application of ELECTRE III for the integrated management of municipal solid wastes in the greater Athens area, en *European Journal of Operational Research*, vol. 97, n° 3, páx. 439-449.
- MARTEL, J. M. e THOMASSIN, D. (1992): Multicriteria aid to make a schedule of a surgical suite, en GOICOECHEA, A.; DUCKSTEIN, L. e ZIONTS, S. (editors): *Multiple Criteria Decision Making*, editorial Springer-Verlag.

- MAYSTRE, L. Y.; PICTET, J. e SIMOS, J. (1994): Méthodes multicritères ELECTRE. Description, conseils pratiques et cas d'application á la gestion environnementale, en Preses Polytechniques et Universitaires Romandes.
- MUNDA, G.; NIJKAMP, P. e RIETVELD, P. (1994): Multicriteria evaluation in environmental management. Why and how?, en Paruccini, M. (editor): *Applying Multiple Criteria aid for Decision to Environmental Management*, páx. 1-21, editorial Kluwer Academic Publishers.
- OCDE (1997): Mieux comprendre nos villes. Le role des indicateurs urbains, editorial Organisation de Coopération et développement économiques.
- PARTIDO POPULAR DE GALICIA (1995): Datos eleccions municipais de Lugo.
- (1996): Datos eleccions xerais.
- (1997): Datos eleccions autonómicas de Galicia.
- (1999): Datos eleccions municipais de Lugo.
- ROUSSEAU, A. e MARTEL, J. M. (1994): Environmental assessment of an electric transmission line project. A MCDA method, en PARUCCINI, M. (editor): *Applying multiple criteria aid for decisión to environmental management*, páx. 163-185, editorial ECSC-EEC-EAEC.
- ROY, B. e BOUYSSOU, D. (1993): Aide multicritère à la décision. Méthodes et cas, Editorial Económica.
- TABUCANON, M. T. e LEE HARNG-MO (1995): Múltiple criteria evaluation of transportation system improvement projetcts. The case of Korea, en *Journal of Advanced Transportation*, vol. 29, n° 1, páx. 127-143.
- YU-HERN, C. e TSUEN-HO, S. (1994): The application of fuzzy multicriteria decision making to the transit system performance evaluation, en TZENG, G. H.; WANG, H. F.; WEN, U. P. e YU, P. L. (editores): *Multiple Criteria decision making*, páx. 351-360, editorial Springer-Verlag.

LAS NUEVAS CONDICIONES DE RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Federico A. Rodríguez Morata

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

1. La recuperacion de la nacionalidad española: su evolucion legislativa

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

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

En el artículo 26 del Código civil, por lo demás, ha terminado por confluir el tratamiento de dos hipótesis que con anterioridad a la Ley 51/1982, de 13 de julio (de reforma del Código civil en materia de nacionalidad) habían merecido preceptos específicos. Desde la Ley de Registro civil de 1870 (arts. 106 y 107) hasta la reforma del Código civil operada por Ley 14/1975, fueron tratadas como situaciones formalmente desiguales o diversas, por un lado, la del antiguo español que perdió *voluntariamente* la nacionalidad; y, por otro lado, la del que hubiera sido *privado* de ella como consecuencia de las conductas que en cada momento estuvieron tipificadas [vid., Gil Rodríguez/Angoitia Gorostiza, Comentarios al Código civil, II-1º, Barcelona, 2000, p. 175]. Además, en ese período legislativo, los españoles que hubieren perdido *involuntariamente* (v.gr., emigrantes o mujer casada con extranjero) la nacionalidad española, no tenían un tratamiento diferenciado de quienes *voluntariamente* la perdieron, a los efectos de cumplir con los requisitos para la recuperación de la nacionalidad española. Habrá que esperar hasta la referida Ley 51/1982 para que, aunque el tratamiento siga siendo sustancialmente diverso, ambas situaciones (pérdida y privación de la nacionalidad) queden reconducidas en el mismo precepto, sometiendo a los primeros al cumplimiento de los requisitos generales en materia de recuperación de la nacionalidad española, pero previendo una situación de favor a quienes perdieron involuntariamente la nacionalidad española; y exigiendo a los segundos una habilitación previa para volver a disfrutar de la nacionalidad española.

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

«El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los requisitos siguientes: 1º. Residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición. 2º. Declaración ante el Encargado del Registro civil de su voluntad de recuperar la nacionalidad española. 3º. Renuncia ante el Encargado del Registro civil a su nacionalidad extranjera, y 4º. Inscripción de la recuperación en el Registro civil. El requisito de la residencia será dispensado por el Ministro de Justicia a los españoles emigrantes que justifiquen tal condición. Tam-

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

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

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

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

«1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia e Interior [rectius: Ministro de Justicia] cuando concurren circunstancias excepcionales. b) Declarar ante el Encargado del Registro civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que

se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24 [cfr., países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal], a la nacionalidad anterior, y c) Inscribir la recuperación en el Registro civil.

2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno: a) Los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior [cfr., españoles que no lo sean de origen que perdieron la nacionalidad, por un lado, cuando por sentencia firme fueron condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales; y por otro, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno]; b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligados a ello. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cuarenta años».

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

En todo caso, la evolución legislativa del artículo 26 del Código civil desde su reforma operada por Ley 51/1982, pasando por la dispuesta

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

2. Nacionalidad y emigración

2.1. Principios de ordenación

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

2.1.1. Nacionalidad y emigración en la Constitución española

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

Como señala González Campos [Reflexiones sobre la doble naciona-

lidad, en Emigración y Constitución, IEE, Guadalajara, 1983, p. 91 y ss], de ello se deducen dos fundamentales consecuencias:

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

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

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

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

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

De ambos criterios se deduce que, por una parte, la «emigración» no es una categoría jurídica que por sí sola imponga al legislador español la necesidad de establecer un especial régimen en materia de nacionalidad, pero, en cambio, sí habilita para desarrollar una política que fomente el retorno de los emigrantes españoles: por ejemplo, introduciendo un especial «régimen de favor» en materia de recuperación de la nacionalidad española previamente perdida por razón de emigración; por otra, constituye una opción de política legislativa establecer o no un régimen de «conservación» de la nacionalidad española para los emigrantes que adquieren voluntariamente o no la nacionalidad del país de acogida, si bien el Estado español no puede imponer su nacionalidad a quien, habiendo adquirido una nacionalidad extranjera, haya manifestado su voluntad de renunciar a la española, salvo que concurren situaciones excepcionales (v.gr., que España se halle en guerra); y por último, la Constitución favorece por la vía del párrafo tercero del artículo 11 la posibilidad de un «trato diferenciado» entre los emigrantes españoles cuyo país de acogida sea alguno de los «iberoamericanos o que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España» (criterio amplio), y aquellos otros españoles que emigraron a países distintos. Los primeros, sin duda, podrán naturalizarse en el país de acogida sin perder su nacionalidad de origen española (la llamada «nacionalidad latente»), y ello con independencia de que aquellos países reconozcan o no a sus nacio-

nales un derecho recíproco [Bercovitz, R., *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 145]. Es éste, pues, un supuesto de doble nacionalidad «automática» y reconocida por nuestro sistema jurídico (art. 11.3 CE), que solo quiebra en caso de renuncia «expresa» a cualquiera de las dos nacionalidades reconocidas (principio «voluntarista»). Los segundos, por el contrario, podrán verse sujetos a un régimen distinto y diferenciado del anterior, pero, que, en todo caso, respete los siguientes principios constitucionalmente consagrados:

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

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

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

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

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

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

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

Uno de los factores que han incidido en las sucesivas reformas sobre la nacionalidad española ha sido, sin duda, la armonización de nuestro sistema de nacionalidad a la normativa comunitaria, y especialmente al Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad (cfr., Preámbulo de Ley 18/1990 y Exposición de Motivos de Ley 29/1995), ratificado por España en el año 1987, y cuyos objetivos básicos son, por un lado, reducir los supuestos de doble o múltiple nacionalidad; y por otro, eliminar las incertidumbres creadas en los caos en que

no se sabe qué legislación debe aplicarse o en que país se debe cumplir el servicio militar.¹ Junto a ello, la regulación de la nacionalidad en España se ha visto influida por los Acuerdos adoptados en las Conferencias de Ministros Europeos responsables de las cuestiones de Migración, en la medida que sus decisiones afectan a la integración de la segunda generación de emigrantes españoles en los Estados europeos de acogida.²

La normativa europea sobre cuestiones relativas a la nacionalidad de los emigrantes europeos fue tomada en cuenta por el legislador español cuando, en el trámite de presentación de enmiendas en el Senado a la Proposición de Ley sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad –y que dio lugar a la Ley 18/1990–, por un lado, se suprimió la posibilidad (establecida en el art. 24.2 de la Proposición de Ley) de conservación de la nacionalidad española por los emigrantes o por los hijos de emigrantes, salvo el caso de emigrantes españoles en los países de la llamada «Comunidad histórica» (art. 24.2 CC); por otro, se convirtió de obligada en facultativa la dispensa del requisito de residencia legal en España cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, a los efectos de recuperar la nacionalidad española³; y por último, se introdujo «con

¹ El artículo 1º del Convenio trata de imposibilitar el nacimiento de supuestos de doble o múltiple nacionalidad por virtud de la adquisición de la nacionalidad de otro Estado por parte de los nacionales de los Estados comunitarios. Así, se establece una regulación diferenciada atendiendo a la edad de los destinatarios. Los mayores de edad pierden la nacionalidad siempre que adquieran la nacionalidad de otro Estado contratante mediante una manifestación de voluntad (opción, naturalización o recuperación). En cambio, los menores de edad pierden la nacionalidad «en las mismas condiciones que sus padres, si su ley nacional prevé que, en esas circunstancias, es posible la pérdida de la nacionalidad habiendo sido habilitados o representados debidamente (art. 1º.1); en este supuesto no pueden ser autorizados a conservar la nacionalidad anterior. Consecuentemente, el Convenio parte del principio de que la doble nacionalidad originaria sólo se pierde a través de una declaración «expresa» del interesado; por lo que el europeo con varias nacionalidades no está obligado a renunciar a una de ellas, pero los Estados deben permitir la renuncia a su nacionalidad («no deseada») a aquellos nacionales que tengan además otra.

² Durante la celebración de la primera Conferencia, en mayo de 1980, se elaboró un Informe sobre «la integración de los trabajadores emigrantes y de sus familias en el país de acogida», estimándose que el trabajador emigrante no podía verse forzado a renunciar a su nacionalidad de origen por adquirir la nacionalidad del Estado receptor, aconsejando a estos últimos Estados a facilitar el acceso a su nacionalidad a los jóvenes emigrantes que lo deseen, «siempre que hubiesen nacido en dicho país o que hubiesen cumplido la mayor parte de su escolaridad en el mismo» [en el mismo sentido se había pronunciado ya la Recomendación CE (1978) 841 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa]. Por su parte, la segunda Conferencia de Ministros Europeos, celebrada en Roma en octubre de 1983, también acordó que era preciso hacer un esfuerzo por «simplificar, cuando sea necesario, las condiciones para adquirir la nacionalidad del Estado receptor, y examinar los posibles efectos de la doble nacionalidad».

³ La Ley 29/1995, por el contrario, sustrae del régimen general de dispensa de la

carácter general» el requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior para adquirir (art. 23 CC) o recuperar (art. 26 CC) la española, exceptuándose el caso de los naturales de determinados países con particular vinculación con España (art. 24.2 CC).

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

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

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

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

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

residencia legal en España «cuando concurren circunstancias excepcionales», a los emigrantes o hijos de emigrantes, por cuanto la prueba de la residencia legal en España no es exigible a éstos para recuperar la nacionalidad española. Basta que soliciten la recuperación de la nacionalidad española, que declaren su renuncia a la nacionalidad anterior –salvo los naturales de los países ex art. 24 CC (supuesto de doble nacionalidad)–, y que inscriban la recuperación de la nacionalidad española en el Registro civil.

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

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

4º. La nacionalidad activa viene determinada o coincide con la del domicilio⁴ o con la última adquirida⁵.

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

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

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

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

Prescindiendo por ahora de las distintas posturas doctrinales que se mantuvieron sobre el concepto de emigrante⁶, cabe subrayar la doctrina

⁴ Convenios suscritos con Perú, Chile, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Honduras y Colombia.

⁵ Convenios suscritos con Paraguay, Ecuador, Costa Rica, República Dominicana y República Argentina.

⁶ Básicamente, tres son las posturas doctrinales que han intentado –bajo la vigencia de la Ley 51/1982– determinar el alcance subjetivo del concepto de «emigrante» en la regulación de la nacionalidad en nuestro Código civil: a) Tesis de DIEZ DEL CORRAL RIVAS: Emigrante, a su juicio, sería el español que traslada su residencia habitual al extranjero y que adquiere voluntariamente la nacionalidad del país donde reside. Se

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

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

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

parte, pues, de un concepto literal –no legal: se prescinde del concepto de la Ley de Emigración– y restrictivo por entender que el carácter excepcional del último inciso del artículo 23.1 CC no admitía una interpretación extensiva. En otro caso, afirma, se desnaturalizaría el principio general de que la adquisición voluntaria de otra nacionalidad distinta a la española de origen provoca la pérdida de esta última. Esta postura doctrinal fue asumida por la DGRN (cfr., Instrucción de 16 de mayo de 1983); b) Tesis de VILA COSTA: Considera que, además del «español que, especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan» (concepto de emigración de la Instrucción DGRN de 1983), había que ampliar el concepto a la llamada emigración «histórica», esto es, aquella que tiene su origen en razones políticas o ideológicas (los «exiliados políticos» españoles). Esta tesis fue aceptada por el Centro Directivo en sus Resoluciones de 11 de junio de 1985 (BIMJ n.º 1385, 1985, pp. 29-32); 6 junio 1988 (BIMJ n.º 1497, 1988, pp. 3261-3265) y 17 mayo 1989 (BIMJ n.º 1533, 1989, pp. 3108-3112), entre otras: c) Tesis de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: Aceptando la tesis de Vila Costa, estima que debía ampliarse el alcance subjetivo del concepto de emigrante previsto en el art. 23.1.º CC también a los hijos de emigrantes nacidos en el extranjero, y ello para hacerlo coincidir con el concepto «legal» de emigrante manejado por la Ley General sobre Emigración (vid., sobre estas cuestiones, GAYA SICILIA, Comentario a la Resolución DGRN de 12 enero 1987, en CCJC, n.º 14, 1987, pp. 4517 y ss).

emigrantes tengan a su cargo o bajo su dependencia (cónyuge, hijos –hayan nacido en el extranjero o en España–, y a los ascendientes –suyos o de su cónyuge– a su cargo o bajo su dependencia económica; y por último, al conjunto o colectividad de españoles, y a cada uno de ellos individualmente considerados, residentes o establecidos, definitiva o temporalmente, en un país extranjero por las causas antes citadas.

Por el contrario, el concepto de emigrante manejado por la Instrucción de 1983 excluía del ámbito de aplicación del régimen especial de nacionalidad previsto en los arts. 23 y 26 CC y en la Disposición transitoria de la Ley 51/1982, a los hijos de emigrantes nacidos en el país de acogida, por no concurrir en ellos el requisito del «traslado» al país extranjero.

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

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

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

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

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

■ «De otro lado, los españoles que tengan otra nacionalidad, además de la española, desde antes de su emancipación (que en la Ley de 1982 sólo perdían la nacionalidad española cuando, una vez emna-

cipados, renunciaran expresamente a ella en cualquier momento), hoy pueden perderla por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación».

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

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

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

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

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

La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, no viene en principio a alterar el concepto técnico o legal de emigrante introducido por la Ley 18/1990, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad; y ello aun

cuando afecte al único precepto del Código civil (art. 26 CC) que se refiere de forma expresa a los emigrantes españoles y sus hijos, al regular el régimen de la recuperación de la nacionalidad española previamente perdida. Más bien, por el contrario, la Ley 29/1995 viene a acentuar aún más si cabe el especial régimen de favor dispensado a los emigrantes españoles para recuperar la nacionalidad española previamente perdida, suprimiendo el trámite de dispensa por el Gobierno del requisito de acreditar la residencia legal en España, por ser excesivo y dilatorio. De tal forma que, a estos efectos, basta con la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española y, en su caso, su renuncia a la nacionalidad anterior, salvo que se trate de naturales de los países de la llamada Comunidad hispánica, y la sucesiva inscripción de la recuperación en el Registro civil, para que los emigrantes o los hijos de emigrantes recuperen la nacionalidad española, y puedan ser acreedores, por un lado, al régimen de ayudas individuales asistenciales extraordinarias para emigrantes y retornados, reguladas en los programas de actuación contenidos en la Orden de 30 de diciembre de 1997 (RCL 1998/241 y 1440), y complementada mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, de 10 de marzo de 1999 (RCL 1999/931), o al régimen de pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, establecido en el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo (RCL 1993/2091), desarrollado por Orden de 1 de julio de 1993 (RCL 1993/2092) y Resolución de 10 de enero de 1996 (RCL 1996/378); y por otro lado, a la expedición del Certificado de la nacionalidad española, regulado por la Instrucción DGRN de 14 de abril de 1999, que, aun con valor de simple presunción (art. 340 RRC), satisface las exigencias contenidas en el Convenio del Consejo de Europa de 6 de noviembre de 1997 sobre nacionalidad y sirve para resolver cuestiones de prueba de la nacionalidad española que se plantean frecuentemente, sobre todo, a los españoles en el extranjero.

Como ocurriera con la Ley 18/1990, las previsiones sólo aplicables con anterioridad a los emigrantes españoles se extienden por igual a sus hijos, pero respecto a estos últimos la Ley 29/1995 requiere que hubieran ostentado en algún momento de su vida la nacionalidad española, independientemente del lugar de su nacimiento. No se comprenden, por tanto, en el régimen privilegiado del artículo 26 del Código civil los hijos de emigrantes que, habiendo nacido con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española de sus progenitores, no llegaron a ostentar en ningún momento la nacionalidad española. Se abre, pues, un concepto neutro de emigrante en la Ley 29/1995, que excluye de su concepto a los hijos de emigrantes españoles que nunca ostentaron la nacionalidad española. Para éstos, esto es, para las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, se les

concedía por la Disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 un plazo (hasta el día 7 de enero de 1997) para adquirir la nacionalidad española por derecho de opción. Agotado ese plazo, no queda a los hijos de emigrantes que nunca ostentaron la nacionalidad española, por haber nacido con posterioridad a la pérdida de la de sus progenitores, otra vía que la adquisición por residencia en el plazo de un año al amparo del artículo 22.1.f) del Código civil, si bien el precepto restringe la procedencia de ese plazo abreviado a los supuestos en que los progenitores hubieran sido españoles originariamente.

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

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

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

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

En principio podría pensarse que, con ello, la Ley 18/1990 conseguiría simplificar y unificar el régimen de la pérdida y recuperación de la nacionalidad española. Sin embargo, lo cierto es que esta Ley de 1990 se vio obligada, por una parte, por imperativo del artículo 11.3º de la Constitución española a introducir un régimen especial de nacionalidad para los españoles que adquieran voluntariamente la nacionalidad de alguno de los países señalados en el art. 24.2º CC [hipótesis de doble nacionalidad, salvo renuncia expresa a la nacionalidad española (art. 24 CC), y recuperación de la nacionalidad española previamente perdida sin necesidad de renuncia a la nacionalidad extranjera (art. 26 CC)]. Pues bien, ese régimen especial de nacionalidad previsto para todos los españoles que adquieran la nacionalidad de alguno de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, beneficia principalmente a los emigrantes españoles que se trasladan a esos países, pero implica *principalmente* una diversificación en el régimen de la nacionalidad entre los españoles en general, y entre los emigrantes españoles en particular.

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

sidad de probar la residencia legal en España («volver al Reino» decía el art. 21 del Código civil en su versión originaria; o «radicarse en España» según la versión de la Ley 14/1975), pero manteniendo la diversidad de regímenes de recuperación de la nacionalidad española entre los emigrantes que adquirieron la nacionalidad de alguno de los países de la llamada «Comunidad hispánica» (sistema de recuperación más favorable, por no exigir la declaración de renuncia a la nacionalidad anterior) y los demás emigrantes españoles.

2.3.2. Rasgos característicos de la nacionalidad de los emigrantes españoles

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

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

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

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

■ Los hijos de emigrantes españoles, hayan o no nacido en España, son españoles de origen si «al tiempo de su nacimiento» cualquiera de sus progenitores no hubieran perdido su nacionalidad española de origen (cfr., art. 17.1º a CC). Por el contrario, si el hijo nació en el extranjero después que el progenitor-emigrante hubiera perdido la nacionalidad española de origen, seguirá la nacionalidad extranjera del progenitor. Ahora bien, si posteriormente, durante la menor edad del hijo, el progenitor-emigrante hubiera recuperado la nacionalidad española de origen, previamente perdida, el artículo 20 del Código civil otorga al hijo de emigrante el derecho de optar por la nacionalidad española –no de origen– en el plazo y condiciones señalados en el precepto. Caducado este derecho, le quedará expedita –como a cualquier hijo de emigrante español que hubiera perdido esta nacionalidad– la vía de la naturalización por residencia legal en España durante el plazo privilegiado de un año previsto en la letra f) del artículo 22.2º del Código civil. Esta naturalización exige, en todo caso, que se acredite buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4º CC), en el oportuno expediente regulado en los artículos 220 a 235 y 365 a 369 del Reglamento de Registro civil, cuya instrucción corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien la decisión compete al Ministro de Justicia (art. 21.2 CC), y hoy, por delegación (OO. De 15 de octubre y 22 de octubre de 1980 y 9 de diciembre de 1982) al Director General de los Registros y del Notariado.⁷ Alternativamente a ello, la Disposición transitoria pri-

⁷ En todo caso, como señala la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991, «en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia es preciso, en su caso, que el representante legal del menor de catorce años o del incapacitado obtenga previamente a la solicitud la autorización del Juez o Cónsul Encargado del Registro civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal, que se concederá en atención al interés del menor o incapaz». La solicitud se presentará en el registro civil del domicilio del solicitante (ahora a cargo del Juez de Primera Instancia, art. 85 LOPJ), e irá dirigida al Ministro de Justicia (hoy, Director General de los Registros). En todo caso, dado que la prueba de los hechos señalados en la solicitud corresponde al peticionario, y especialmente la «buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22.4 CC), cobra una especial importancia el trámite establecido en el último inciso del artículo 221 RRC, es decir, la obligación del encargado de oír personalmente al peticionario, «especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles (cfr., Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991). Practicado lo anterior, se pasarán las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitirá informe dentro del tercer día (art. 352.5º RRC), terminándose esta fase con la propuesta del Encargado instructor y la elevación de lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Director General (por delegación del Ministro de Justicia) resolverá, previo informe del Servicio correspondiente (de la nacionalidad y el estado civil, art. 367 RRC). La resolución podrá denegar la concesión no sólo «por motivos de orden público o interés nacional» (art. 22.1 CC), sino, por la

mera de la Ley 29/1995, concedió a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, un derecho de opción a la nacionalidad española, en forma transitoria, esto es, desde la fecha de entrada en vigor de la Ley de 2 de noviembre de 1995 hasta el 7 de enero de 1997⁸.

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

En línea de principio, la recuperación de la nacionalidad supone el ejercicio de una facultad que se concede a quien perdió la nacionalidad española para volver a adquirirla, mediante el cumplimiento de unos requisitos que son distintos según cuál sea la causa de la pérdida. Por ello, el ejercicio de ese derecho de recuperación presupone que el interesado ha incurrido previamente en causa de pérdida de la nacionalidad española.⁹

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

ausencia de los requisitos exigidos por el art. 21 CC, o por la falta de cualquiera de los demás que detalla el art. 22 CC. En todo caso, la resolución denegatoria de la concesión de la nacionalidad por residencia habrá de estar motivada suficientemente, a fin de permitir el control jurisdiccional previsto en el párrafo 5º del artículo 22 del Código civil.

⁸ Este mismo derecho de opción a la nacionalidad española había sido concedido, también en forma transitoria –entre el 7 de enero de 1991 y el 7 de enero de 1994–, por la Disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, a los hijos de emigrantes españoles «que será concedida en todo caso si reside legalmente en España en el momento del ejercicio de la opción y cumple con las condiciones previstas en los artículos 20 y 23 del Código civil» (cfr., Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991).

⁹ Como señala DE CASTRO, «la institución de la recuperación de la nacionalidad está íntimamente ligada a la pérdida de la nacionalidad toda vez que descansa en dos elementos: el hecho de haber sido español en algún momento y la voluntad de cambiar de estado, haciéndose español» (vid., Derecho civil de España. Derecho de la persona, t. II, Madrid, 1952, p. 438).

Ahora bien, en relación con la legislación inmediatamente anterior, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por un lado, ha suprimido la regla establecida en la Ley 18/1990 según la cual «todos aquellos que hayan sido alguna vez españoles y hayan perdido esta nacionalidad sólo podrán recuperarla cumpliendo los requisitos generales establecidos en el artículo 26.1 del Código civil». Por el contrario, la Ley 29/1995 ha establecido un régimen «privilegiado» de recuperación de la nacionalidad española para los emigrantes, sus hijos y para la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975. Y por otro lado, consecuentemente, la Ley 29/1995 ha reintroducido en nuestro sistema de nacionalidad un régimen especial de recuperación a favor de los emigrantes y sus hijos –tal y como ya hiciera la Disposición transitoria de la Ley 51/1982–, suprimiendo para ellos el cumplimiento del requisito de la residencia legal en España (cfr., art. 26.1.a CC), y haciendo innecesaria la declaración de renuncia a la nacionalidad anterior cuando se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24 del Código civil (cfr., art. 26.1.b CC). En todo caso, ese tratamiento diferenciado trae causa del propósito de traducir el mandato del artículo 42 de la Constitución, así como mantener la coherencia con el párrafo segundo del artículo 24 del Código civil.

Por lo demás, el artículo 26 del Código civil sigue comprendiendo un requisito material o sustantivo, el de la residencia legal en España, y tres requisitos formales que conjuntamente habrán de cumplimentar los interesados en recuperar la nacionalidad española: la renuncia a la nacionalidad extranjera ante el encargado del Registro civil, la declaración ante éste de recuperar la nacionalidad española y la inscripción de esa recuperación en el Registro civil¹⁰.

3.1.1. Residencia legal en España: su prueba

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

¹⁰ En este sentido, *vid.*, DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, p. 155.

CC) a los efectos de la adquisición sobrevenida de la nacionalidad española por razón de residencia en España.

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

Como señala Diez del Corral¹¹, «este concepto, desde luego, nada tiene que ver con el domicilio legal del Código civil o con el que señala a efectos procesales la Ley de Enjuiciamiento civil»; lo que se quiere expresar es que no es suficiente la simple residencia de hecho, esto es, el mero asentamiento en España. Las normas básicas a este respecto son hoy, por un lado, los arts. 29 a 35 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [RCL 2000/2963], de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [RCL 2000/72], sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y por otro lado, la Directiva CEE de 28 de junio de 1990 (DOCE, 13 de julio) relativa al derecho de residencia, aplicable –entre otros– a los emigrantes españoles que adquirieron la nacionalidad de alguno de los países de la Unión Europea.¹²

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

¹¹ Vid., DIEZ DEL CORRAL RIVAS., Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, p. 155.

¹² Ténganse en cuenta, además, lo dispuesto en el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero [RCL 2001/438], por el que se establece los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria 4ª de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; así como el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero [RCL 2000/492] por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la Resolución de 16 de marzo de 2000 (publicada mediante Resolución de 20 de marzo de 2000 [RCL 2000/778], por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regularización de extranjeros, previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

de residencia temporal o de residencia permanente.¹³ Así, pues, la «legalidad» de la residencia quedará probada cuando, al tiempo de la solicitud de la recuperación de la nacionalidad española, el interesado se haya provisto del «permiso de residencia» autorizado por el Ministerio del Interior, o en su caso, el «permiso de residencia de nacional de un Estado

¹³ El artículo 31 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, redactado conforme a la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, dispone: «1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal y de sus prórrogas se establecerá reglamentariamente. 2. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado. 3. La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquellos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español. 4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos legalmente. 5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. 6. Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad y domicilio. 7. Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año».

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

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

3.1.1.1. Exención de la residencia: supuestos

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

¹⁴ Sobre el particular, vid., RODRÍGUEZ MORATA, F., «La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de Reforma del Código civil», en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 1991, n.º 11 y 12, pp. 385 a 426.

En cuanto a los hijos de emigrantes españoles, únicamente quedan dispensados de residir legalmente en España para recuperar la nacionalidad española aquellos hijos de emigrantes españoles que hubieran ostentado en algún momento de su vida la nacionalidad española, independientemente del lugar de su nacimiento. Así, quienes no nacieron en España por haberse iniciado ya el periplo migratorio de sus padres y habían obtenido la nacionalidad española exclusivamente *iure sanguinis*, les son de aplicación las reglas especiales de recuperación de la nacionalidad española previstas para los hijos de emigrantes. No se comprenden, sin embargo, en el régimen privilegiado del artículo 26 del Código civil los hijos de emigrantes españoles que, habiendo nacido con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española por sus progenitores, no llegaron a ostentar en ningún momento la nacionalidad española. Para estos últimos, la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 previó la posibilidad de un derecho de opción a la nacionalidad española, de carácter transitorio, esto es, si formalizaban su declaración de opción «antes del día 7 de enero de 1997». En otro caso, no queda a los hijos de emigrantes que nunca ostentaron la nacionalidad española, por haber nacido con posterioridad a la pérdida de la de sus progenitores, otra vía que la adquisición por residencia en el plazo de un año al amparo del artículo 22.1.f) del Código civil, si bien éste restringe la procedencia de dicho plazo abreviado a los supuestos en que los progenitores hubieran sido españoles originariamente¹⁵.

En cuanto a los restantes descendientes (v.gr., nietos) del emigrante español, que hubieran ostentado con anterioridad la nacionalidad española para después perderla, la doctrina¹⁶ se muestra pacífica en considerar que no se ven beneficiados por la exclusión del requisito de la residencia legal en España, pues la supresión de dicho requisito es exclusivamente predicable de los emigrantes y sus hijos, por lo que habrán de acreditar dicha residencia u obtener la dispensa del Ministro de Justicia, que, como ya ocurriera bajo la Ley 18/1990, salvo supuestos excepcionales, la misma habrá de serles concedida por concurrir en ellos las circunstancias excepcionales a que sujeta su procedencia el artículo 26.1.a), in fine, del Código civil.

3.1.1.2. Significado actual de la dispensa de residencia

El artículo 26.1.a), in fine, del Código civil señala que, eximidos del requisito de la residencia legal en España a los emigrantes y a sus hijos

¹⁵ Idénticas consideraciones habrá que mantener con respecto al caso del cónyuge no español de emigrante originariamente español.

¹⁶ Por todos, vid., GIL RODRÍGUEZ-ANGOTIA GOROSTIZA, Comentarios..., op. cit., p. 179.

–también la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975– para recuperar la nacionalidad española, «en los demás casos podrá ser dispensado por el Ministerio de Justicia e Interior [rectius: Ministro de Justicia] cuando concurren circunstancias excepcionales».

En efecto, desaparecido afortunadamente el Ministerio de Justicia e Interior, la dispensa de este requisito corresponde al Ministro de Justicia, instruyéndose el expediente por el encargado del Registro del domicilio del peticionario, o, en su caso, el cónsul de su domicilio, o, en su defecto, el encargado del Registro Central (art. 365 RRC), debiéndose tener presente los criterios hermenéuticos establecidos en la Orden de 11 de julio de 1991 sobre tramitación de expedientes de dispensa del requisito de residencia en España. A estos efectos, si bien la concurrencia de «circunstancias excepcionales» ex art. 26.1.a), in fine, del Código civil, puede ser apreciada discrecionalmente, «se valorarán, entre otras, además de la ausencia de antecedentes penales, la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, las actividades profesionales, sociales, culturales o benéficas a favor de intereses o asociaciones españolas y cualquier otra circunstancia que denote una particular vinculación con España del interesado y de su familia» (Orden de 11 de julio de 1991). Ahora bien, la resolución del Ministro de Justicia sobre la denegación de la dispensa del requisito de la residencia legal en España, no está sometida a control judicial, puesto que, aún concurriendo las circunstancias excepcionales en la persona del peticionario, es de absoluta discrecionalidad del Ministro de Justicia apreciarlas positivamente para la concesión. Se plantea, en cambio, la posibilidad de control judicial en el caso de concesión de la dispensa. Cabe su impugnación judicial cuando, al margen de la apreciación discrecional de las circunstancias excepcionales, existan irregularidades relevantes en su tramitación: falta de petición, de capacidad o de representación del peticionario, total o esencial del expediente. Estarán legitimados, según los casos, el propio beneficiario, algún tercero con interés legítimo o el Ministerio Fiscal. La impugnación deberá tramitarse ante la jurisdicción civil, de acuerdo con el juicio declarativo que corresponda, interviniendo en todo caso el Ministerio Fiscal como demandado y en defensa de la legalidad (art. 22.1 LOPJ, 92 LRC y 3.6 EOMF). Surge la duda sobre la impugnabilidad judicial de la concesión de la dispensa cuando no concurren circunstancias excepcionales en el interesado. Aunque ciertamente cabe el control de la discrecionalidad atribuida al Consejo de Ministros, en este caso a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.a de la Ley 29/1998), el margen para el ejercicio de semejante control judicial no puede ser sino escaso.

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

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

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

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

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

3.1.3. *Renuncia a la nacionalidad española*

Se trata de una declaración de voluntad que habrá de efectuarse simultáneamente a la de recuperación y cuya finalidad no es otra que la de renunciar a la nacionalidad que se tuviera en el momento de la recuperación. Basta con la declaración de renuncia a la anterior nacionalidad, cualquiera que sea su eficacia para la ley nacional anterior del interesado. Por ello, cabe pensar que nuestro Ordenamiento jurídico no exige una renuncia «efectiva» a la nacionalidad extranjera, por lo que en ocasiones la renuncia no evitará situaciones de doble nacionalidad. Ello es así porque, como indicara la Resolución DGRN de 24 de septiembre de 1971, entender de otro modo el requisito equivaldría a supeditar la adquisición de la nacionalidad española a las particulares concepciones de los Derechos extranjeros. En todo caso, se exceptúa de la renuncia a la nacionalidad anterior a los nacionales de origen («naturales») «de países iberoamericanos (incluyen a Puerto Rico [RDGRN 30 septiembre 1996 [RCL 1997, 1396]], Andorra, Guinea Ecuatorial o Portugal» (arts. 24.2 CC y 11.3 CE).

3.1.4. *Inscripción de la recuperación en el Registro civil*

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

En todo caso, el asiento de inscripción de la recuperación de la nacionalidad española no requiere que se inste la tramitación de un verdadero expediente, sino que se basa en una declaración de voluntad que, si se formula ante el Encargado competente es inscribible directamente, previa la calificación oportuna de éste, y si se realiza ante el Encargado del Registro civil del domicilio del interesado, dará lugar a un acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá al Registro competente (arts. 64 LRC y 228 y 229 RRC).¹⁷ Por lo demás, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64.3 LRC, habrá que considerar a todos los efectos como fecha de la inscripción la fecha del acta por duplicado, que habrá de constar en el asiento respectivo.

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

¹⁷ Como señala DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (vid., Comentarios..., op.cit., p. 158, nota 7), «si el que quiere recuperar se encuentra en país extranjero en que no exista Agente Diplomático o Consular español, seguramente podrá hacerlo mediante documento debidamente autenticado al Ministerio de Asuntos Exteriores (arg. ex art. 230 RRC)».

Habrá que distinguir entonces dos posibilidades: una, que el asiento de recuperación contenga en sí la inscripción de la pérdida con justificación de los requisitos especiales exigidos para la inscripción de este hecho, caso en el que el Registro civil probará tanto la pérdida como la recuperación; otra, que por cualquier causa, por ejemplo, por el tiempo transcurrido, no sea posible acreditar plenamente todos los requisitos de la pérdida, hipótesis en la que el Registro no probará esta última y la recuperación se admitirá, no obstante, para mayor seguridad del estado civil del interesado, el cual, quizá, habrá seguido siendo siempre español (Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983). En efecto, en materia de inscripción de la recuperación de la nacionalidad está vigente el régimen especial del artículo 227 RRC (valor de las inscripciones para mayor seguridad), en virtud del cual la simple declaración de voluntad de recuperar por sí sola la nacionalidad es inscribible, sin necesidad de haber sobrevenido otros hechos, en las hipótesis de recuperación de la nacionalidad española perdida por naturales de alguno de los países mencionados en el artículo 24 del Código civil, y en los que concurra la condición de emigrantes o hijos de emigrantes españoles (art. 26.1.b CC). Y ello es así puesto que estos últimos pueden recuperar la nacionalidad española cumpliendo exclusivamente con los requisitos de la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española y su inscripción en el Registro civil.

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

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

La habilitación contemplada en el artículo 26.2 CC deberá concederse mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia (arts. 223.1 RRC y 25.d Ley 50/1997). El expediente será instruido por la Dirección General, que podrá comisionar al efecto al encargado del Registro civil del domicilio (art. 365.3 RRC) sobre la solicitud, acreditación de circunstancias e informes procedentes (artículo

los 220 a 222 RRC). Desde luego, no parece posible someter a control judicial su denegación o concesión, puesto que en este caso no existe «elemento reglado» alguno concreto que respetar (art. 2.a LJCA). El expediente no puede acumularse, en su caso, con el correspondiente a la dispensa de residencia del artículo 26.1.a) CC (art. 347 RRC). Una vez obtenida, será el momento de solicitar la recuperación, con esa dispensa de residencia en su caso (Orden de 11 de julio de 1991).¹⁸

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

La habilitación comprende a todos los españoles no originarios¹⁹ que fueron privados de la nacionalidad española en base al artículo 25.1.b) y, en principio, en atención al artículo 25.2 del Código civil (art. 26.2.a CC), es decir, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno español (art. 25.1.b CC), o cuando por sentencia firme se declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española.

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

¹⁸ Desde luego, la habilitación se extiende también a la adquisición para evitar que a través de ella se pueda defraudar la exigencia establecida para la recuperación de la nacionalidad española.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 11.2 de la Constitución española no cabe privar de nacionalidad a los españoles de origen, lo que queda recogido expresamente en el artículo 25 del Código civil. Además, en estos momentos el artículo 25.1.a) del Código civil [«los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: a) cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales»] carece de eficacia, puesto que la pena de pérdida de la nacionalidad española ha quedado suprimida por el nuevo Código penal [art. 33 L.O. 10/1995].

político comprende los altos cargos públicos, cualquiera que sea el poder constitucional (legislativo, ejecutivo y judicial) en el que se integre.

En cuanto a la sentencia firme a que se refiere el artículo 25.2 CC, deriva de un procedimiento declarativo ante la jurisdicción civil. Sólo así cabe entender la participación prevista para el Ministerio Fiscal. Ahora bien, en determinadas cuestiones de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza o residencia (art. 21 y 22 CC) se atribuyen la competencia del control judicial a la jurisdicción contencioso administrativo. En tales casos, como señala R. Bercovitz²⁰, la sentencia firme corresponderá a un procedimiento contencioso administrativo, pero en realidad no se trata de un supuesto de pérdida en sentido propio, sino de una sentencia de nulidad basada en alguna irregularidad grave (falsedad, ocultación, fraude), que afecte esencialmente a los requisitos de la adquisición, revelándose así (sentencia declarativa) que la adquisición no tuvo lugar, con la eficacia retroactiva consiguiente. Ahora bien, si ello es así, ¿cómo entender que puede recuperar la nacionalidad española quien nunca la había adquirido? A mi juicio, la nulidad de la adquisición de la nacionalidad española no originaria (art. 25.2 CC) impide el ejercicio de la recuperación ex artículo 26 del Código civil. De ello, en suma, deriva que el único supuesto de habilitación discrecional previa del Gobierno a la recuperación de la nacionalidad española no originaria, podrá tener lugar en el supuesto contemplado en el artículo 25.1.b) del Código civil, es decir, cuando el español que no lo sea de origen fue privado de la nacionalidad española por entrar voluntariamente al servicio de armas o ejercer cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

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

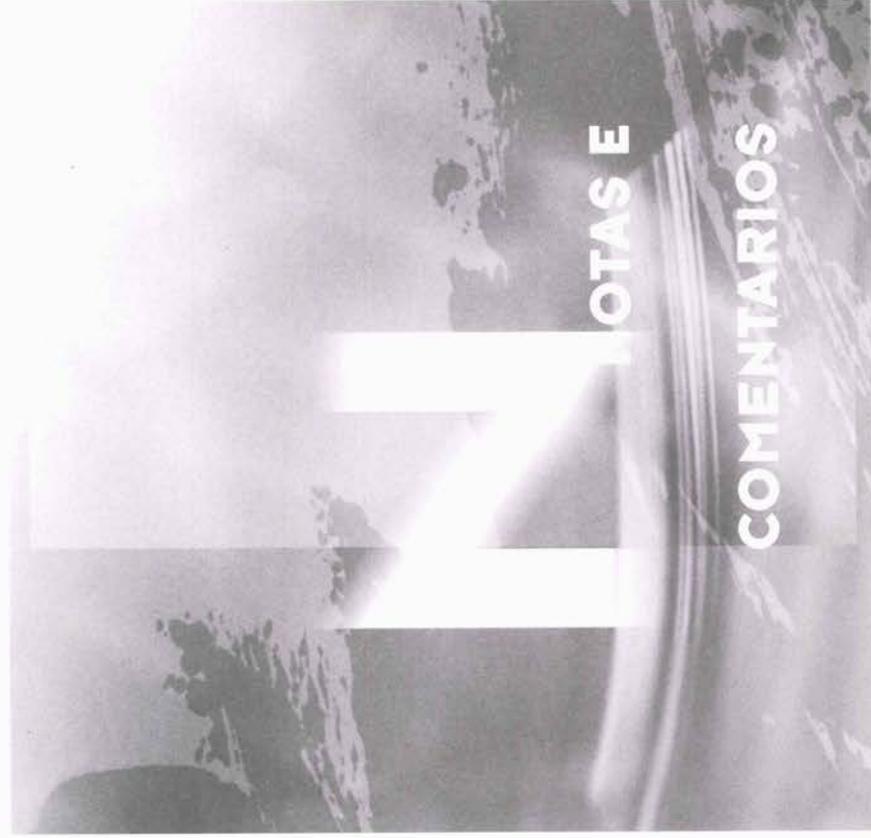
La habilitación prevista en el artículo 26.2 CC se extiende también a quienes perdieron la nacionalidad española sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligado a ello (L.O. 13/1991, del servicio militar, y Ley 6/1996, reguladora del voluntariado social),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

²⁰ Vid., Comentarios al Código civil, coord. por R. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 136 (de próxima publicación).

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

Bibliografía

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios al Código civil*, coordinados por R. BERCOVITZ, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001 (obra en preparación).
- CADARSO PALAU, J., *Comentarios al art. 26, en Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinadas por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- DÍAZ GARCÍA, N., *La reforma de la nacionalidad, en Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *Comentario al art. 26, en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por M. AMORÓS y R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- GARCÍA BUENO, M. P., Consolidación de la nacionalidad española, en *ADC*, 1992, pp. 929-1009.
- GIL RODRIGUEZ, J., y ANGOITIA GOROSTIZA, V., Comentario al art. 26, en *Comentarios al Código civil*, II, vol. 1º, coordinados por RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. M., J. M. BOSCH, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., Comentario al artículo 11.1 y 2, en *Comentarios a la Constitución española de 1978, t. II*, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAMIL, Madrid, 1987.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. I, vol. 3º*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de Reforma del Código civil, en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 1991, nº 11 y 12, -monográfico: Reformas del Código civil 1990/1991-, pp. 385-426.



NOTAS E

COMENTARIOS

A FISCALIDADE DAS ENTIDADES COOPERATIVAS TRALA LEI 5/1998, DO 18 DE DECEMBRO, DE COOPERATIVAS DE GALICIA

Ignacio Fernández Fernández

Inspector de Facenda do Estado. Inspector
xefe da A.E.A.T. de Galicia

M^a Milagros Sieiro Constenla

Doutora en economía. Titular da E.U. da
Universidade da Coruña

I. Fundamento e características do réxime fiscal especial das entidades cooperativas

Pódese afirmar que o mandato contido no artigo 129.2 da Constitución española, en virtude do cal se lles ordena ós poderes públicos que fomenten, mediante unha lexislación adecuada, as sociedades cooperativas, aínda cando non efectúa unha referencia expresa a medidas de índole tributario, constitúe o primeiro e principal fundamento para a configuración legal dun réxime fiscal especial para este tipo de entidades.

A concreción fiscal deste mandato constitucional pivotou durante doce anos sobre catro medidas encadradas na entón normativa xeral reguladora da imposición societaria¹:

- Tipo de gravame especial reducido, previsto no artigo 23. Un da Lei 61/1978, reguladora do imposto sobre sociedades.

¹ SANZ GADEA, Eduardo: *Impuesto sobre Sociedades. Comentarios y casos prácticos*. Tomo III. Madrid. 1991. Pag. 1.533.

■ Bonificación na cota do 50 por 100, aplicable ás cooperativas fiscalmente protexidas, recoñecida polo artigo 25 do dito texto legal.

■ Deducción para os efectos da determinación da base imponible das dotacións ó entón denominado Fondo de Educación e Obras Sociais, admitida polo artigo 13 da Lei do imposto sobre sociedades e desenvolvida polo artigo 121 b) do regulamento.

■ Transparencia fiscal voluntaria para as cooperativas fiscalmente protexidas, conforme o artigo 19 da Lei 61/1978, na redacción dada pola Lei 48/1985.

A fiscalidade das cooperativas experimenta unha modificación substancial como consecuencia da Lei 20/1990, do 19 de decembro, sobre réxime fiscal das cooperativas², aplicable a todos aqueles exercicios que se iniciaron con posterioridade ó 20 de decembro de 1990. Este texto legal reúne as seguintes notas caracterizadoras:

a) Singularidade formal. O réxime fiscal especial previsto para as entidades cooperativas mantén a súa individualidade formal trala entrada en vigor da Lei 43/1995. Este texto legal integra a partir do 1 de xaneiro de 1996 no seu título VIII múltiples réximes especiais cunha regulación que ata esta data discorría paralela á Lei reguladora do imposto sobre sociedades³.

b) Conciliación coa derogada Lei 3/1987, xeral de cooperativas, cunha complexidade e casuística que é en gran parte responsable da complicada configuración do réxime fiscal especial contido na Lei 20/1990. Resulta evidente que a derogación deste texto legal coa entrada en vigor da Lei 27/1999, do 16 de xullo, de cooperativas e, particularmente no que se refire ás cooperativas con domicilio social na Comunidade Autónoma galega, coa aprobación da Lei 5/1998, do 18 de decembro, de cooperativas de Galicia, rómpese a harmonización entre a disposición xeral e fiscal, sendo esta circunstancia posible fonte de conflitos na valoración do cumprimento dos requisitos necesarios para alcanza-la deducibilidade de determinadas partidas ou calquera dos dous niveis de protección fiscal.

c) Vocación estatutaria, en canto pretende abarca-la totalidade das figuras impositivas que afectan a cooperativa. Se ben é o imposto sobre sociedades o que ten unha presenza máis notable, no texto encóntranse

² Conforme o establecido na disposición final primeira da Lei 20/1990, este texto legal produciu efectos en relación cos exercicios que se iniciaron con posterioridade ó 20 de decembro de 1990.

³ Esta singularidade formal compártese unicamente coas fundacións cunha regulación que está contida na Lei 30/1994, do 24 de novembro, de fundacións e de incentivos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral.

referencias ó imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados e a diversos impostos integrantes do sistema tributario local.

d) Establecemento dun dobre nivel de protección fiscal, simple e especial, que atenda as clases de cooperativas e as circunstancias que nelas incidan.

e) Configuración dun conxunto de normas técnicas para os efectos da determinación da base imponible no imposto sobre sociedades, as cales afectan tódalas cooperativas regularmente constituídas independentemente de que sexan acreedoras dos beneficios fiscais aplicables ás cooperativas protexidas.

f) Carácter supletorio do réxime tributario xeral, declarado polo 1.3 da Lei 20/1990. Este texto legal non ten unha aspiración globalista sobre a fiscalidade cooperativa, senón puramente especialista, o que se concreta na definición dunhas normas técnicas específicas para a determinación da base imponible e no recoñecemento de determinados beneficios fiscais.

2. Réxime fiscal das cooperativas

O réxime fiscal que esta norma legal prevé para as entidades cooperativas pódese analizar a partir da diferenciación de dous tipos de normas:

■ Por un lado, un conxunto de disposicións que supoñen o establecemento dunhas regras especiais aplicables a tódalas cooperativas regularmente constituídas, aínda cando incidan nalgunha das causas de perda da condición de cooperativas fiscalmente protexidas. Isto dota estas entidades, como suxeito pasivo do imposto sobre sociedades, de singularidade desde o punto de vista da valoración de determinadas operacións e do esquema liquidador.

■ O recoñecemento, por outra parte, de determinados beneficios fiscais, cun ámbito que excede do imposto sobre sociedades, fixándose a un dobre nivel, de protección e especial protección.

As regras fiscais especiais aplicables a toda cooperativa regularmente constituída teñen un denominador común: a súa incidencia exclusiva no imposto sobre sociedades. Seguindo o esquema liquidador da imposición societaria podemos destaca-las seguintes:

A) Regras especiais na determinación da base imponible

A determinación da base imponible dunha sociedade cooperativa require normas especiais por tres causas fundamentais:

- A diferenciación dos resultados cooperativos e extracooperativos para os efectos da posible aplicación de diferentes tipos de gravame.
- O establecemento dun criterio de valoración nas operacións realizadas entre a cooperativa e os seus socios. O que para os suxeitos pasivos en réxime xeral do imposto sobre sociedades son, con carácter xeral, operacións esporádicas, para este tipo de entidades convértese, en cumprimento do principio mutual, en operacións habituais.
- A cualificación de determinadas partidas controvertidas.

a) *Distinción de resultados*

Se ben estamos ante unha distinción instrumental para os efectos da posible aplicación dun dobre tipo de gravame, cando a Lei 20/1990 obriga a diferenciar entre resultados cooperativos e extracooperativos, está a efectuar unha distinción que procede da derogada Lei xeral de cooperativas de 1987. Este mandato actualmente está recollido nos artigos 8.4 e 66.3 da Lei 5/1998, do 18 de decembro, aínda que cun alcance máis limitado ca aquela, ó preve-la contabilización separada e independente para unha das categorías de renda englobadas baixo a denominación extracooperativa: os beneficios obtidos das operacións cooperativizadas realizadas con terceiros non socios⁴.

Partindo desta obrigada distinción, pódese afirmar que o criterio delimitador entre ámbolos tipos de rendas reside no principio mutual. Son resultados cooperativos, basicamente, os derivados da realización de actividades cooperativizadas cos socios, máis aqueloutros que se atopan nunha relación de accesibilidade. O resto terá complementariamente natureza extracooperativa.

Máis concretamente o artigo 17 da Lei 20/1990 relaciona un conxunto de partidas comprensivas do resultado cooperativo:

- Os procedentes do exercicio da actividade cooperativizada realizada cos propios socios.
- As cotas periódicas satisfeitas polos socios. O artigo 65.1 da Lei de cooperativas de Galicia prevé que estatutariamente ou pola asemblea xeral poidan establecerse cotas de ingreso e/ou periódicas as cales non se integrarán no capital social nin serán reintegrables, «achegas»

⁴ O artigo 57.3 da Lei 27/1999, do 16 de xullo, en idéntica liña á da súa predecesora, establece que figurarán en contabilidade separadamente os resultados extracooperativos derivados das operacións pola actividade cooperativizada realizada con terceiros non socios, os obtidos de actividades económicas ou fontes alleas ós fins específicos da cooperativa, así como os derivados de investimentos ou participacións financeiras en sociedades non cooperativas, ou os extraordinarios procedentes de plusvalías que resulten de alleamento de elementos de activos de inmovilizado non destinados ó cumprimento do fin social».

que, sen embargo, reciben moi diferente trato fiscal: mentres que as primeiras son renda non suxeita, as segundas intégranse na base imponible a través do resultado cooperativo⁵.

■ As subvencións correntes e de capital na parte imputable que resulte da aplicación das normas contables⁶. En ausencia de especialidade fiscal, en cumprimento do mandato contido no artigo 10.3. da Lei 43/95, a reversión das subvencións á base imponible efectuarase conforme os criterios contables, contidos a este respecto na Norma de valoración vixésima comprendida na parte quinta do Plan xeral de contabilidade de 1990.

■ Os intereses e retornos derivados da participación da cooperativa noutras cooperativas.

■ Os produtos financeiros da tesourería ordinaria.

Complementaria e consecuentemente o artigo 21 enumera como resultados extracooperativos as seguintes partidas:

■ Os procedentes do exercicio da actividade cooperativizada realizada con terceiros.

■ Os derivados de investimentos ou participacións financeiras en sociedades de natureza non cooperativa.

■ Os obtidos de actividades económicas ou fontes alleas ós fins específicos da cooperativa.

■ Os incrementos e diminucións de patrimonio, comprendéndose unha delimitación de carácter negativo desta categoría de rendas na alínea 2 do artigo 22 da Lei 20/1990.

b) *Valoración de operacións*

Establece o artigo 15.1 da Lei 20/1990 que as operacións realizadas pola cooperativa cos seus socios computaranse polo seu valor de mercado, regra entón xa contida no artigo 16.2 Lei 61/1978.

Non obstante, a entrada en vigor da Lei 43/1995 implica unha ruptura importante no ata ese momento idéntico tratamento das operacións vinculadas para as cooperativas e para os suxeitos pasivos sometidos plenamente á Lei do imposto sobre sociedades.

⁵ A cualificación fiscal das cotas de ingreso como renda non suxeita non se encontra de forma categórica na Lei 20/1990. Sen embargo, parece desprenderse, por un lado, da súa non inclusión entre os resultados cooperativos e a súa non consideración, por outra parte, como incremento patrimonial conforme o establecido no seu artigo 22.2.a).

⁶ Nova redacción do artigo 17.4 da Lei 20/90 pola disposición final 2ª da Lei 43/1995.

Fronte a esta regra xeral de valoración aplicable ás entregas de bens e prestacións de servizos realizadas entre cooperativa e socio, o artigo 16.1 da Lei 43/1995 restrinxe notablemente o ámbito de actuación deste instrumento de corrección do importe efectivo das operacións realizadas entre partes vinculadas:

■ Mentres que no ámbito cooperativo nos enfrontamos a unha regra de valoración aplicable polo suxeito pasivo, no réxime xeral encontrámonos con idéntica norma de valoración pero exclusivamente aplicable no marco dunha actuación comprobatoria pola Administración tributaria.

■ A dita corrección valorativa débese efectuar no marco dun prolixo procedemento desenvolvido polo artigo 15 do Regulamento do imposto sobre sociedades, o cal está presidido polo principio de bilateralidade.

Finalmente, a aplicación do prezo normal de mercado só procede cando a tributación en conxunto pola imposición societaria para as partes vinculadas de acordo co dito criterio fose superior á efectivamente suportada por estas.

O ámbito de aplicación da regra de valoración de operacións segundo o prezo ou valor de mercado restrínxese subxectivamente ó non lles resultar de aplicación ás cooperativas de consumidores e usuarios, cooperativas de vivendas, cooperativas agrarias⁷ e ás cooperativas que teñen por obxecto prestación de servizos ou subministracións ós socios. Nestes supostos, as operacións efectuadas pola cooperativa cos seus socios valoraranse polo prezo que efectivamente se realizaren «sempre que non resulte inferior ó custo de tales servizos ou subministracións, incluída a parte correspondente dos gastos xerais da entidade»⁸.

c) *Cualificación de partidas controvertidas*

O peculiar funcionamento das entidades cooperativas maniféstase nunha serie de partidas cunha influencia na determinación da base imponible que fai preciso a súa previa cualificación fiscal.

■ *Desde o punto de vista da súa deducibilidade*

Partindo de que a individualización dos ingresos cooperativos e extracooperativos esixen idéntica diferenciación entre os gastos producidos, atribuíndoselles a uns e outros os específicos necesarios para a súa obtención e a parte que, segundo criterios de imputación fundados,

⁷ Suposto incorporado pola disp. final 2ª da Lei 43/1995.

⁸ Artigo 15.3. da Lei 20/1990, do 9 de decembro.

corresponda dos gastos xerais da cooperativa, desde esta perspectiva son destacables as seguintes partidas:

1. *Intereses ás achegas ó capital social*

Considerados expresamente como gastos deducibles para a determinación do resultado contable do exercicio polo artigo 66.2 da Lei 5/1998, o artigo 18.3 da Lei 20/1990 declara a deducibilidade, para os efectos da determinación do resultado cooperativo, dos intereses percibidos polos socios por mor das súas achegas ó capital social, sen que o dito importe poida exceder-lo que resultaría de aplica-lo tipo de interese básico do Banco de España incrementado en tres puntos. Os artigos 60 e 61 da Lei 5/1998, do 18 de decembro, de cooperativas de Galicia establecen que as achegas obrigatorias e voluntarias ó capital social poden producir un interese na contía establecida, o cal non poderá exceder do legal do diñeiro en máis de tres puntos e en máis de seis puntos respectivamente⁹. Sendo a fixación ou acreditación dun tipo de interese superior ó legalmente establecido causa de perda da protección fiscal, resulta evidente que é posible unha retribución legal das achegas voluntarias ó capital social que alcanzando plenamente a conta de resultados, sen embargo, parcialmente, non reverta negativamente na base imponible.

2. *Fondo de Formación e Promoción*¹⁰

Con fundamento na afectación exclusiva a finalidades específicas e ó seu carácter non repartidor¹¹, o artigo 18 da Lei 20/1990 declara a deducibilidade das achegas ó Fondo de Formación e Promoción, condicionándose polo artigo 19 ó cumprimento dos seguintes requisitos¹²:

⁹ O artigo 48 da Lei 27/1999 condiciona a remuneración das achegas ó capital social ó cumprimento de dous requisitos: a existencia de resultados positivos previos e que, en ningún caso, exceda de 6 puntos o interese legal do diñeiro.

¹⁰ Denominado Fondo de Educación e Promoción pola Lei 27/1999 e Fondo de Formación e Promoción Cooperativa pola Lei 5/1998.

¹¹ Artigos 67.2 e 93.2.a) da Lei 5/1998.

¹² O Instituto de Contabilidade e Auditoría de Contas pronunciouse sobre o carácter contable da dotación ó Fondo de Educación e Promoción Social ás sociedades cooperativas en sentido diferente: «O artigo 83 da Lei 3/1987 do 2 de abril xeral de cooperativas, establece que as partidas que se considerarán como gasto na determinación dos resultados do exercicio económico, non figurando entre ela a dotación ó Fondo de Educación e Promoción.

Pola súa parte, o artigo 84 da mesma lei sinala os fins a que deben ou poden aplicarse os excedentes netos do exercicio económico, entre os que se encontra a dotación ó Fondo de Educación e Promoción.

Polo tanto, a citada lei configura a dotación ó Fondo de Educación e Promoción Social coma unha repartición do resultado do exercicio e así haberá de se reflectir contablemente, debendo luci-lo dito fondo no pasivo do balance dunha agrupación independente, distinta dos fondos propios.

■ É necesario que se trate de dotacións obrigatorias ó Fondo de Formación¹³. O artigo 67.1 da Lei 5/1998 establece que «anualmente, dos excedentes netos do exercicio económico destinaráselles: a) ó Fondo de Reserva Obrigatorio e ó Fondo de Formación e Promoción unha contía global mínima do 30 %, e destinaráselles un 5% dos excedentes como mínimo ó Fondo de Formación e Promoción e polo menos un 20 % destes excedentes ó Fondo de Reserva Obrigatorio....». Engade o precepto seguinte que se lle destinarán necesariamente ó dito fondo «as sancións económicas que lles impoña a cooperativa ós seus socios». Xorden en relación con este primeiro requisito dúas cuestións:

■ ¿Que se entende por dotación obrigatoria a teor do disposto no artigo 67 da Lei 5/98? ¿O 5 por 100 fixado como mínima dotación a este fondo ou a maior porcentaxe, ata un 10 por 100, que poida resultar necesaria para completa-la dotación mínima conxunta do 30 por 100, no suposto de que a dotación ó Fondo de Reserva Obrigatorio quede comprendida entre o 20 e 25 por 100? Trátase de defini-lo tratamento fiscal dese 5 por 100 dos excedentes netos de libre asignación pola entidade cooperativa entrámbolos fondos. Resulta dificilmente sostible rexeita-la incidencia da dita dotación, de acordo co réxime propio de cada fondo, baixo o pretexto da súa posible e, polo tanto, «libre» incorporación ó «outro» fondo.

■ Cuestión diferente é a relativa á incidencia no resultado cooperativo da dotación ó Fondo de Formación con orixe nunha posible sanción económica imposta pola cooperativa ós seus socios¹⁴. O mecanismo arbitrado pola Lei 20/1990, con idéntico resultado ás restantes dotacións, é, sen embargo, tecnicamente diferente: a dita renda non se lle incorpora á base imponible, ó se integrar coma compoñente positivo na conta especial representativa do fondo prevista no seu artigo 19.5, cun saldo que se levará a este, non lle afectando, consecuentemente, o dito traspaso ó resultado cooperativo.

■ A contía deducible da dotación ó Fondo de Formación non poderá exceder do 30 por 100 dos excedentes netos deste. Referida a dotación legalmente obrigatoria e o límite fiscal á mesma magnitude –excedente neto de cada exercicio–, é evidente a nula operatividade deste requisito en canto superior á achega preceptiva ó fondo.

¹³ Os artigos 56 e 58 da Lei 27/1999 establecen que se lle destinará necesariamente ó Fondo de Educación e Promoción as porcentaxes do excedente cooperativo ou dos resultados que establezan os estatutos ou fixe a asemblea xeral, o cal non poderá ser inferior ó 5 por 100 dos resultados cooperativos antes de impostos, e as sancións económicas que lles impoña a cooperativa ós seus socios.

¹⁴ Establece o artigo 25 da Lei de cooperativas de Galicia que «...As sancións que lles poidan impoñer ós socios por cada tipo de faltas deberán estar establecidas nos estatutos e poderán ser económicas, de suspensión de dereitos sociais ou de expulsión».

■ As dotacións non investidas deberanse materializar provisionalmente en contas de aforro ou Débeda pública, requisito fiscal que encontra o seu paralelismo no último parágrafo do artigo 68.2 da Lei 5/1998.

■ Individualidade contable: as dotacións ó fondo, así como as aplicacións que requira o plan, xa se trate de gastos correntes ou de investimentos para o inmovilizado, reflectiranse separadamente na contabilidade social, en contas que indiquen claramente a súa afectación ó dito fondo»¹⁵.

Como corolario prevese que os gastos e ingresos derivados das actividades financiadas co Fondo de Educación levaranse a unha conta de resultados do fondo, que non se terá en conta para determinala base imponible do imposto de sociedades da cooperativa.

3. O Fondo de Reserva Obrigatorio

Da conxunción dos mandatos contidos nos artigos 8.3, 62, 66.3, 67 e 68 da Lei 5/1998 derívanse as seguintes dotacións mínimas ó Fondo de Reserva Obrigatorio:

■ O 30 por 100 como mínimo do excedente neto, cunha porcentaxe dun mínimo do 5 e dun máximo do 10 por 100 que se lle deberá destinar ó Fondo de Formación e Promoción.

■ Os beneficios obtidos nas operacións cooperativizadas realizadas con terceiros non socios.

■ O 50 por 100 como mínimo dos beneficios procedentes de plusvalías polo alleamento de elementos de activo inmovilizado, os obtidos doutras fontes alleas ós fins específicos da cooperativa e os derivados de investimentos ou participacións en sociedades de natureza non cooperativas.

■ As deducións por achegas obrigatorias ó capital social no caso de expulsión ou baixa non xustificada dos socios.

■ O 50 por 100 como mínimo da plusvalía derivada da regularización de balances autorizada legalmente.

■ As cotas de ingreso¹⁶.

En relación con estas dotacións, o artigo 15.5 da Lei 20/1990 establece que a base imponible correspondente a un ou outro tipo de resul-

¹⁵ Artigo 19.2 da Lei 20/1990. A Lei de cooperativas de Galicia é menos esixente a este respecto cá norma fiscal: limita a individualidade contable ás dotacións as cales «deberán figurar no pasivo do balance con separación doutras partidas».

¹⁶ Os artigos 55 e 58 da Lei 27/1999 establecen que se lle destinarán obrigatoriamente ó Fondo de Reserva Obrigatoria unha porcentaxe mínima do 20 por 100 dos excedentes cooperativos e do 50 por 100 dos beneficios extracooperativos e extraordinarios, as deducións sobre as achegas obrigatorias ó capital social no caso de baixa non xustificada dos socios e as cotas de ingreso dos socios.

tados minorarase no 50 por 100 da parte destes que se lle destine, obrigatoriamente, ó Fondo de Reserva Obrigatorio, tratamento fiscal que suxire tres consideracións:

■ En canto ó seu fundamento, estamos, posiblemente, ante unha solución salomónica cunha razón que reside no carácter non repartidor do Fondo de Reserva Obrigatorio entre os socios, de acordo co que establece o artigo 68 da Lei 5/1998.¹⁷ Sen dúbida, na exclusión da base imponible da metade das dotacións ó Fondo de Reserva Obrigatorio laxeira, por un lado, a natural aspiración do lexislador fiscal a gravalo excedente cooperativo e, por outro, o rexeitamento que lle ocasiona somete-lo imposto a un resultado que, en último extremo, non incrementa a capacidade económica dos socios cooperativistas.

■ É claro que unicamente poden ambicionala deducibilidade aquelas dotacións con orixe en rendas integradas previamente na base imponible, condición non concorrente nas tres últimas achegas posibles mencionadas.

■ Parece, finalmente, evidente, que a preceptividade habilitadora para alcanza-la deducibilidade ha te-la súa orixe na norma legal, isto é, nas dotacións mínimas fixadas pola Lei 5/1998, extremo a partir do cal responderán a un mandato estatutario ou ó acordo da asemblea xeral, ou o que é o mesmo, á autorregulación da propia entidade na que dificilmente a Lei fiscal residencia a requirida obrigatoriedade. A liberalización parcial na aplicación dos resultados extracooperativos ten, polo tanto, unha «peaxe» fiscal: non formarán parte da base de dedución para os efectos da aplicación do 50 por 100 as dotacións, antes obrigatorias, agora acordadas pola propia cooperativa¹⁸.

4. Remuneracións dos membros do Consello Rector

Os membros do Consello Rector, órgano de goberno da entidade cooperativa de acordo co disposto no artigo 41 da Lei 5/1998¹⁹, poden recibir remuneracións conforme o establecido no artigo 47 do dito texto legal.

O estatuto fiscal destas remuneracións pódese definir a partir das seguintes dúas notas caracterizadoras:

¹⁷ Este precepto encontra a súa simetría no artigo 55 da Lei 27/1999, de cooperativas do Estado.

¹⁸ O artigo 83.2 da derogada Lei 3/1987 ordenaba que lle destinasen obrigatoriamente ó Fondo de Reserva Obrigatorio os beneficios obtidos das operacións cooperativizadas realizadas con terceiros non socios, os beneficios procedentes das plusvalías no alleamento dos elementos de activo inmovilizado, os beneficios obtidos doutras fontes alleas ós fins específicos da cooperativa e os beneficios derivados de investimentos ou participacións en sociedades de natureza non cooperativa.

¹⁹ Artigo 40 da Lei 27/1999.

■ Partindo dunha definición estricita do beneficio como magnitude representativa da retribución dos fondos propios, pódese afirmar que as retribucións dos membros do Consello Rector constitúen gasto na determinación do resultado contable, sendo indiferente a forma –fixa, variable, participación nos beneficios...– a través da cal aquelas se manifes-ten²⁰. A teor do disposto no artigo 14.1 e 10.3 da Lei 43/1995, a norma fiscal segue en relación con esta partida o criterio contable.

■ Esta remuneración ten para os membros, persoas físicas, do órgano de goberno a consideración de rendemento do traballo persoal²¹, e debe practicala entidade pagadora da dita renda a retención correspondente; a cal se debe determinar ó tipo fixo e especial do 35 por 100²².

■ *Desde o punto de vista da súa non deducibilidade*

Sendo o excedente o obxecto do gravame societario, toda distribución del non ha te-la consideración de partida deducible. Consecuente-mente, o artigo 20 da Lei 20/1990 declara a non deducibilidade das «cantidades distribuídas entre os socios da cooperativa a conta dos seus excedentes nin o exceso de valor asignado en contas ás entregas de bens, servicios e subministracións, prestacións de traballo dos socios e rendas dos bens no que o seu gozo lle fora cedido polos socios á cooperativa, sobre o seu valor de mercado», corolario da regra de valoración contida no artigo 15 do dito texto legal.

■ Desde o punto de vista da súa non integración na base imponible.

A Lei 20/90 comprende senllos preceptos nos que efectúa unha delimitación negativa do ámbito do gravame societario. En primeiro termo, o artigo 22.2 no que se describen determinados supostos que non se consideran incrementos de patrimonio²³:

■ Achegas obrigatorias ou voluntarias dos socios e asociados ó capital social.

²⁰ O Instituto de Contabilidade de Auditoría de Contas pronunciouse neste sentido en relación coas retribucións dos administradores das sociedades anónimas ó indicar que «...a retribución dos administradores dunha sociedade é un gasto máis necesario para poder obte-los ingresos correspondentes dela. De acordo co anterior, a conta de perdas e ganancias ó recoller tódolos ingresos dunha sociedade e os gastos en que incorreu para a súa obtención, deberá incluír necesariamente a retribución correspondente ós administradores ó ser esta, como se dixo anteriormente, un gasto máis da empresa».

²¹ Art. 16.2.e) da Lei 40/1998, reguladora do imposto sobre a renda das persoas físicas.

²² Tipo de retención establecido pola nova redacción dada ó artigo 83 da Lei 40/1998, por mor da Sentencia do Tribunal Supremo do 22 de marzo de 2001, que declarou a nulidade do artigo 75.1 2º do Regulamento do IRPF.

²³ A Lei 43/95 suprimiu a clasificación de rendas presente na derogada Lei 61/78, non individualizando, polo tanto, os incrementos de patrimonio.

■ Cotas de ingreso dos socios, as cales, conforme o previsto no artigo 65.2 da Lei 5/1998 non poden ser superiores ó 50 por 100 da achega obrigatoria mínima ó capital social vixente en cada momento para adqui-la condición de socio. O fundamento da súa non suxeición estriba neste suposto, a diferenza do que sucede coas cotas periódicas, na súa preceptiva afectación ó Fondo de Reserva Obrigatorio.

■ Detraccións nas achegas obrigatorias²⁴ con motivo da baixa do socio, destinadas ó Fondo de Reserva Obrigatorio, mandato recollido no artigo 68.1.b da Lei 5/1998, de cooperativas de Galicia²⁵. Admite o artigo 64 detraccións sobre as achegas obrigatorias, cun límite do 30 por 100 no caso de expulsión e do 20 por 100 no suposto de baixa non xustificada²⁶. Estas detraccións significan para a cooperativa a transformación parcial da cifra de capital en Fondo de Reserva Obrigatorio, o que, de modo ningún, poderá reputarse incremento de patrimonio, pois, en rigor, o único que se produce é unha variación cualitativa na composición do neto patrimonial.

■ Compensación polos socios das perdas sociais que lles imputasen. Resulta evidente a simetría desta cualificación coa da non deducibilidade do retorno cooperativo: de igual forma que non é factible, para os efectos da determinación da base imponible, detraérllle-la cantidade entregada ós socios cooperativistas en concepto de distribución do excedente neto, non se integrarán na dita magnitude a imputación de perdas efectuadas a estes, tendo en conta, ademais, que unha e outra atribución se efectúa «en proporción ás operacións, ós servizos ou ás actividades realizadas por cada un deles (socios) coa cooperativa».

■ Resultados da regularización dos elementos do activo cando así o dispoña a lei especial que a autorice.

As alíneas 5 e 6 do artigo 19 conteñen, en segundo lugar, unha relación de partidas de gastos, ó se trataren de aplicacións do Fondo de Formación e Promoción, e de ingresos, ó consistiren en rendas que han quedar afectadas a este, que non repercuten na base imponible da sociedade. Consecuentemente, a Lei fiscal ordena que uns e outros revertan nunha conta específica de resultados que se levará á conta representativa do dito fondo.

²⁴ A Lei de cooperativas de Galicia e do Estado coinciden ó admitiren detraccións unicamente sobre as achegas obrigatorias ó capital.

²⁵ Artigo 55.1.b da Lei 27/1999.

²⁶ O artigo 51.3 da Lei 27/1999 prevé que no caso de baixa non xustificada se poden acordar detraccións sobre o reembolso das achegas obrigatorias ata os límites do 30 por 100.

B) Normas para a determinación da cota íntegra

A distinción entre resultados cooperativos e extracooperativos responde á indicada posible aplicación de tipos de gravame diferenciados, o que obriga a efectuar no proceso liquidador un fraccionamento da base imponible, en función do tipo de resultado do que proceda:

- Base imponible correspondente ós resultados cooperativos, que tributará ó 20 por 100, se a cooperativa goza de calquera dos dous niveis de protección fiscal.
- Base imponible correspondente ós resultados extracooperativos que tributará ó tipo xeral, conforme o artigo 33.2 Lei 20/1990.

A suma das cantidades resultantes de lles aplica-las alícuotas a cada parte de base imponible é a cota íntegra, a cal pode ser positiva ou negativa dado que o tipo de gravame se aplica, conforme o establecido no artigo 23 da Lei 20/1990, sobre «as bases impositivas, positivas ou negativas».

A técnica liquidadora descrita pode conducir a cargas tributarias superiores ás que procederán segundo o réxime xeral: unha cooperativa que nas actividades cooperativizadas cos socios perda unha suma igual á que gaña nas actividades cooperativizadas cos non socios soportará unha determinada cota que, en réxime xeral de imposición, non se obtería.

C) Compensación de perdas

Fronte ó réxime xeral do imposto sobre sociedades no que a compensación de perdas se efectúa desde o punto de vista da base imponible, o réxime especial das entidades cooperativas prevé a compensación en relación coas cotas, obrigada consecuencia da técnica de determinación da cota íntegra: cando esta resulte negativa «o seu importe poderá ser compensado pola cooperativa coas cotas íntegras positivas dos dez exercicios seguintes»²⁷, prazo cunha concreción que precisa de catro consideracións:

- Trátase dun prazo que rexe para os exercicios iniciados a partir do 1 de xaneiro de 2000, a diferenza do que sucedeu cos suxeitos pasivos en réxime xeral, no cal o prazo de compensación de 10 anos se aplica a partir do 1 de xaneiro de 1999.
- En consecuencia, entre o 1 de xaneiro e 31 de decembro de 1999 resulta de aplicación o prazo de compensación de 7 anos²⁸.
- A diferenza do réxime xeral, a prolongación do período de compensación para as entidades cooperativas non prevé un réxime tran-

²⁷ Artigo 24.1 Lei 20/1990, segundo redacción da Lei 55/1999, de medidas fiscais, administrativas e de orde social.

²⁸ Artigo 24.1 Lei 20/1990, segundo redacción da disp. final 2ª da Lei 43/1995.

sitorio, isto é, se o novo prazo afecta as cotas íntegras negativas xeradas con anterioridade ó 1 de xaneiro de 2000, pero pendentes de compensa-la dita data.

■ Prevese, ó igual ca no réxime xeral, que dado o desfasamento temporal entre o prazo de compensación e o de prescrición, e para os únicos efectos de determina-los importes compensables, a Administración tributaria poida «comproba-las declaracións e liquida-las cotas negativas correspondentes aínda que transcorre o prazo ó que se refire o artigo 64 da Lei xeral tributaria».

D) Bonificacións e deduccións

O paso seguinte no esquema liquidador do imposto sobre sociedades consiste na determinación da cota líquida cunha magnitude á que se chega desde a cota íntegra a través das bonificacións e deduccións, cunha regulación á que a Lei 20/90 dedica os artigos 25 e 26.

As deduccións e bonificacións que procedan practícaranse conforme o establecido no réxime xeral do imposto, tendo en conta que as deduccións por dobre imposición de dividendos e retornos cooperativos e, se é o caso, da dobre imposición internacional, aplícanse mediante a utilización do tipo de gravame cooperativo ou extracooperativo que lle corresponda á natureza dos rendementos sobre os que se practica a deducción.

Non obstante, respecto á deducción por dobre imposición dos retornos cooperativos percibidos, hanse aplica-las normas establecidas para os socios das cooperativas, isto é, unha deducción en cota do 10 por 100 do importe percibido por este concepto ou do 5 por 100 cando, por tratarse dunha cooperativa especialmente protexida, os ditos rendementos se beneficiasen da bonificación prevista no artigo 34.2 da Lei 20/1990.

E) Retencións e ingresos a conta

As cooperativas están obrigadas a efectuárllas retencións oportunas, tanto ós seus socios coma a terceiros, conforme o réxime xeral, se ben coas especialidades indicadas a continuación, válidas tamén, se é o caso, para os ingresos a conta:

a) As retencións que lles hai que efectuar ós socios de cooperativas de traballo asociado ou ós socios de traballo de calquera outra clase de cooperativa, hanse practicar a partir da diferenciación dos rendementos procedentes do traballo persoal e do capital mobiliario.

Para estes efectos, os anticipos laborais dos socios traballadores e de traballo calcularanse conforme as retribucións normais no mesmo sector de actividade coma se foran traballadores por conta allea. Os ditos anticipos terán a consideración de rendementos de traballo e de gastos deducibles na base imponible da cooperativa. Consecuentemente, os ex-

cesos dos ditos anticipos consideraranse rendementos do capital mobiliario²⁹. Trátase, en definitiva, dunha solución fiscal, contida no artigo 28.1 da Lei 20/1990, perfectamente compatible co establecido a este respecto no artigo 105 da Lei 5/1998.

b) Asímlase a dividendos a parte do excedente dispoñible do exercicio económico que se lles acredite ós socios en concepto de retorno cooperativo definido polo artigo 67.2 da Lei 5/1998 como «a parte do excedente dispoñible que a asemblea xeral acorde repartir entre os socios, que lles acreditará en proporción ás operacións, ós servizos, ou ás actividades realizadas por cada socio coa cooperativa, sen que en ningún caso se poida acreditar en función das achegas ó capital social»³⁰. O seu tratamento fiscal vén definido polas seguintes notas características:

■ Como rendimento do capital mobiliario e, particularmente, como retribución derivada da participación en fondos propios, está sometida a retención, ó tipo fixo do 25 por 100 ata o 31 de decembro de 1999 e do 18 por 100 a partir desta data³¹.

■ As cantidades satisfeitas por tal concepto non teñen a consideración de partida fiscalmente deducible para os efectos da determinación da base imponible da entidade cooperativa pagadora deste.

■ Teñen a consideración de retorno anticipado as cantidades e excesos de valor asignados en conta sinalados coma non deducibles.

■ Non se consideran rendementos do capital mobiliario e, polo tanto, non están suxeitos a retención, o retorno cooperativo que se lles aplique ós seguintes fins:

l Incorporación ó capital social, incrementando as achegas do socio.

l Compensación de perdas de exercicios anteriores.

l «Cando se incorporen a un fondo especial, regulado pola asemblea xeral». Neste caso, a retención non ten lugar ata tanto non lle transcorra o prazo de devolución ó socio, se produza a baixa deste ou os destine a satisfacer perdas ou a lle realizar achegas ó capital social. Trátase dun fondo regulado no artigo 85.2.c da derogada Lei 3/1987, non previsto na Lei 5/1998.

²⁹ Ademais diso, a Dirección Xeral de Tributos (16-10-91) sinalou que nunha cooperativa de traballo asociado, se os socios traballan durante un exercicio un número de horas efectivas superior ás fixadas no convenio colectivo do sector, a súa remuneración débese considerar como anticipo laboral, é dicir, rendementos do traballo, ó se trataren de conceptos retributivos por prestacións do traballo.

³⁰ Artigo 58.4 da Lei 27/19998.

³¹ Redacción dada ó artigo 83 do Regulamento do imposto sobre a renda das persoas físicas aprobado polo R.D. 214/1999, do 5 de febreiro, polo artigo 11 do R.D. 1968/1999, do 23 de decembro.

3. Réxime fiscal das cooperativas protexidas e especialmente protexidas

A Lei 20/1990 dispénsalles diverso grao de protección a un e a outro tipo de cooperativas, o que deriva no necesario establecemento de criterios de delimitación entre ambos. O réxime fiscal das cooperativas protexidas e especialmente protexida aplícase automaticamente, sen precisar autorización administrativa previa.

A) Cooperativas protexidas

De acordo co artigo 6 da Lei 20/1990 son cooperativas protexidas todas aquelas que se constituísen regularmente, isto é, de acordo coa Lei de cooperativas do Estado ou das leis de cooperativas das comunidades autónomas e non incorran nalgunha das causas de perda da dita condición enumeradas no artigo 13.

B) Cooperativas especialmente protexidas

Son cooperativas especialmente protexidas tódalas cooperativas protexidas que cumpran senllos requisitos:

■ Desde unha perspectiva subxectiva, que do elenco de cooperativas que se consideran no título III da Lei 5/1998³², pertencen a algunha das clases que se enumeran no artigo 7 da Lei 20/1990: cooperativas de traballo asociado, agrarias, de explotación comunitaria da terra, do mar e de consumidores e usuarios³³.

■ Obxectivamente, é necesario, ademais, cumprir cunha serie de requisitos que se establecen de maneira particularizada para cada clase de cooperativas, os cales se poden estruturar da forma seguinte:

a) Que asocien exclusivamente persoas físicas, se ben no caso das cooperativas agrarias, de explotación comunitaria da terra e do mar admítase a participación de determinados tipos, en cada caso taxados, de entidades.

b) Cumprimento do principio mutual, o cal atendendo a cada clase de cooperativa se manifesta de forma distinta.

c) Nivel económico moderado dos socios cooperadores, establecéndose de acordo con parámetros dispares. Así, para as cooperativas agrarias e de explotación comunitaria da terra establécese, basicamente, en función da base imponible do imposto sobre bens inmobles dos bens de

³² Artigo 6 da Lei 27/1999, de cooperativas.

³³ Estas cooperativas eran fiscalmente protexidas no marco do Estatuto fiscal de 1969, pero, xunto a elas, había outras que agora escorregan cara á simple protección fiscal: vivenda e escolares; e unha que conserva un grao moi reducido de protección: a cooperativa de crédito.

natureza rústica de cada socio ou da cooperativa dividido polo número dos seus socios. No caso das cooperativas de traballo asociado e de consumidores e usuarios fíxase atendendo ó importe total de retribucións efectivamente percibidas, as cales incluírán, se é o caso, os anticipos laborais e as cantidades esixibles en concepto de retornos cooperativos. Finalmente, no suposto particular de cooperativas agrarias dedicadas á comercialización e transformación de produtos gandeiros en que se integren socios titulares de explotacións de gandería independente e de cooperativas do mar establécese en termos do límite cuantitativo previsto para a extinguida estimación obxectiva singular do imposto sobre a renda das persoas físicas, límite de difícil articulación actual, pois dificilmente se pode asimilar ó fixado para a vixente estimación obxectiva, salvo que pretendamos seguir referíndoo, como parece necesario, ó establecido para os efectos do derogado réxime.

C) Causas de perda da protección fiscal

Contidas no artigo 13 da Lei 20/1990, a súa concorrencia é causa de perda de calquera dos niveis de protección que distingue o lexislador fiscal: protexidas e especialmente protexidas. As consecuencias da perda da condición de cooperativa fiscalmente protexida e especialmente protexida por algunha das causas previstas no dito precepto son as seguintes:

- A cooperativa tributará ó réxime común do imposto sobre sociedades, e gravaráselle ó tipo de gravame xeral do imposto a totalidade de resultados que obteña.
- Privación dos beneficios gozados no exercicio económico en que se produza a citada perda, con esixencia dos intereses de demora correspondentes.
- Imposición das sancións tributarias que procedan³⁴.

As dezaseis causas de perda de protección fiscal contidas no artigo 13 da Lei 20/1990 poden ser agrupadas en tres categorías:

a) Comisión de determinadas faltas graves ou moi graves previstas no artigo 139 da Lei 5/1998, do 18 de decembro³⁵.

- Non lles efectúanse dotacións ó Fondo de Reserva Obrigatorio e ó de Formación e Promoción, nos supostos, condicións e pola contía esixida nas disposicións cooperativas.
- Repartir entre os socios os fondos de reserva que teñan carácter non repartidor durante a vida da sociedade e o activo sobrante no momento da súa liquidación.

³⁴ Artigo 37 da Lei 20/1990, do 19 de decembro.

³⁵ Artigo 114 da Lei 27/1999.

■ Aplicar cantidades do Fondo de Formación e Promoción a finalidades distintas das previstas na Lei.

■ Retribuírlle as achegas dos socios ó capital social con intereses superiores ós máximos autorizados nas normas legais ou superar tales límites no aboamento de intereses por demora no suposto de reembolsos das ditas achegas.

■ Acreditarlles ós socios retornos cooperativos en proporción distinta ás entregas, actividades ou servicios realizados coa cooperativa ou a terceiros non socios. Como derivación inmediata do principio mutual, o excedente obtido pola entidade cooperativa non se pode repartir en función á participación no capital social, senón atendendo á actividade cooperativizada realizada cos seus socios. Consecuentemente, a repartición do excedente en proporción distinta ás entregas, actividades ou servicios realizados coa cooperativa polos socios e, con maior motivo, distribuí-lo excedente a favor de terceiros é causa de perda da protección fiscal.

■ Non imputa-las perdas do exercicio económico ou imputalas vulnerando as normas establecidas na lei, os estatutos ou os acordos da asemblea xeral. A observancia do requisito fiscal comprendido nesta causa de perda da protección fiscal supón o cumprimento do mandato contido no artigo 69 da Lei 5/1998, en canto ó prazo de compensación, a orde de prelación e o criterio de asignación destas no suposto de imputación ós socios cooperativistas.

■ Empregar traballadores asalariados en número superior ó autorizado nas normas legais por aquelas cooperativas respecto das cales exista tal limitación. No marco da Lei 5/1998 tal previsión existe verbo das cooperativas de traballo asociado, de explotación comunitaria da terra, de transportistas e de explotación de recursos acuícolas.

■ A falta de auditoría externa nos casos sinalados nas normas legais. Conforme o artigo 55 da Lei 5/1998 «as sociedades cooperativas estarán obrigadas a audita-las contas anuais³⁶ nos mesmos supostos, forma e procedemento esixidos para calquera outro tipo de sociedade pola Lei de auditoría de contas e normas de desenvolvemento, ou por calquera outra norma legal aplicable, ou cando o establezan os estatutos, o acorde a asemblea xeral ou o órgano de administración...» e «...cando o soliciten por escrito o 15 % dos socios da cooperativa». Particularmente, a propia Lei 5/98, no seu precepto 123 impónlle-la dita obrigación ás cooperativas de vivendas.

³⁶ De acordo co artigo 73.2 da Lei 5/1998, as contas anuais da cooperativa están constituídas polo balance, a conta de perdas e ganancias e a memoria.

b) Inclusión nalgunha das causas de disolución previstas no artigo 86 da Lei 5/1998, do 18 de decembro³⁷.

■ A existencia dun número de socios inferior ó previsto nas normas legais, sen que se restableza nun prazo de seis meses, fixado, sen preuízo do establecemento dun mínimo diferente para determinadas clases particulares de cooperativas, en catro socios e para as cooperativas de segundo grao en dúas sociedades cooperativas³⁸.

■ A redución do capital social a unha cantidade inferior á cifra mínima establecida estatutariamente, sen que se restableza no prazo de seis meses³⁹.

■ A paralización da actividade cooperativa ou a inactividade dos órganos sociais durante dous anos, sen causa xustificada.

■ A conclusión da empresa que constitúe o seu obxecto social ou a imposición manifesta de desenvolve-la actividade cooperativizada.

c) Incumprimento do principio mutual e incumprimento de requisitos derivados das excepcións do principio mutual.

■ A realización de operacións cooperativizadas con terceiros non socios fóra dos casos permitidos polas leis. O lexislador fiscal descansa na Lei de cooperativas o que se ha entender por actividade cooperativizada e, ademais, nela tipificanse os casos en que se permite a realización de operacións con terceiros. En consecuencia, a realización da actividade cooperativizada con terceiros non socios dentro dos límites establecidos pola Lei de cooperativas non é causa de perda da protección fiscal, a pesar de que, evidentemente, o principio mutual, en parte, non se cumpre.

Sen embargo, o lexislador ponlle un límite ó quebranto do principio mutual, para os efectos fiscais, ó establecer que «ningunha cooperativa, calquera que sexa a súa clase, poderá realizar un volume de operacións con terceiros non socios superior ó 50 por 100 do total das da cooperativa, sen perde-la condición de fiscalmente protexida», límite que se aplicará unicamente en defecto dun límite máis rigoroso establecido para a cooperativa de que se trate pola Lei de cooperativas. Tal fronteira é, non obstante, de escasa operatividade no marco da Lei 5/1998, pois resulta coincidente coa establecida para as cooperativas agrarias e as de consumidores e usuarios, sendo nos demais casos máis esixente a limitación imposta por este texto legal.

³⁷ Artigo 70 da Lei 27/1999.

³⁸ Artigo 7 da Lei 5/1998.

³⁹ Artigo 5 da Lei 5/1998.

Sen embargo, as cooperativas de traballo asociado merecen unha mención particular desde o punto de vista do cumprimento deste requisito necesario para alcanza-la protección fiscal, dado que neste suposto a actividade cooperativizada consiste na prestación de traballo, de aquí que a contratación de traballadores asalariados supoña, por si mesma, realizar con terceiros non socios a actividade cooperativizada. Por esta razón, o artigo 110.1 da Lei 5/1998 establece que «a cooperativa poderá contratar traballadores por conta allea, sen que o seu número poida exceder do 30 por 100 do total dos seus socios...»⁴⁰. En consecuencia, toda cooperativa de traballo asociado que reborde o límite indicado perderá a protección fiscal simple, sendo necesario para gozar do nivel superior de protección que cumpra co máis esixente e mencionado límite establecido no 10 por 100 de traballadores asalariados con contrato de traballo indefinido respecto do total dos socios polo artigo 8.3. da Lei 20/1990⁴¹.

■ O incumprimento das normas sobre contabilización separada das operacións cooperativizadas realizadas con terceiros non socios. Esta causa de perda da protección fiscal suxire tres cuestións:

■ ¿Por que se esixe para estas operacións a contabilización separada? Trátase, sen dúbida, dunha obrigaón contable imposta ó servizo do control do cumprimento do principio mutuo ou das excepcións admitidas a este e da afectación preceptiva dos beneficios derivados de tales operacións ó Fondo de Reserva Obrigatorio.

■ Xorde, en segundo termo, a cuestión relativa á definición do ámbito obxectivo deste requisito rexistral. A derogada Lei 3/1987 no seu artigo 83.2 referíalles tal deber contable « ós beneficios obtidos das operacións cooperativizadas realizadas con terceiros non socios, os beneficios procedentes de plusvalías no alleamento dos elementos de activo inmovilizado ou os obtidos doutras fontes alleas ós fins específicos da cooperativa, así como os derivados de investimentos ou participacións en sociedades de natureza non cooperativa», liña definitoria que mantén a súa continuidade no artigo 57.3 da Lei

⁴⁰ Con criterio diferente o artigo 80.7 da Lei 27/1999, establece que «o número de horas/ano realizadas por traballadores con contrato de traballo por conta allea non poderá ser superior ó 30 por 100 do total de horas/ano realizadas polos socios traballadores».

⁴¹ Engade este precepto que as cooperativas de traballo asociado perden a especial protección fiscal, ademais de pola contratación de terceiros na forma exposta, por «empregar traballadores por conta allea mediante calquera outra forma de contratación, sen perde-la súa condición de especialmente protexida sempre que o número de xornadas legais realizadas por estes traballadores durante o exercicio económico non supere o 20 por 100 do total de xornadas legais de traballo realizadas polos socios».

27/1999. Sen embargo, a Lei 5/1998, de cooperativas de Galicia limita a contabilización separada ós «beneficios obtidos das operacións cooperativizadas realizadas con terceiros non socios». Aínda coñecendo a construción coordinada con aquela disposición legal da Lei 20/1990, a este resultado parece cingui-la norma fiscal o requisito analizado: «a realización de operacións cooperativizadas con terceiros non socios», dición literal do número 10 do artigo 13 da dita lei, correspóndese cunha das categorías de renda integrantes do resultado extracooperativo enumeradas no seu artigo 21 e a elas pretende referirse a dita condición pois son tales operacións as que se limitan exclusivamente no marco do quebranto do principio mutual.

■ A referencia a este requisito contable céntrase cunha segunda delimitación. Coherentemente coa súa afectación neta ó Fondo de Reserva Obrigatorio, a Lei 5/1998 establece a contabilización separada en termos de resultado⁴². Podendo consistir tales operacións en adquisicións, vendas ou incluso contratación de asalariados, faise preciso unha imputación analítica e reflexo autónomo dos ingresos e gastos correspondentes a estas. Non obstante, a literalidade da disposición fiscal límitalle-lo rexistro independente ás operacións con terceiros.

■ A posesión dunha carteira de valores composta por títulos representativos de participación no capital de entidades non cooperativas, a cal non é causa de perda da protección fiscal sempre que se mantéña dentro dos seguintes límites: 10 por 100 sobre o capital da sociedade participada ou 40 por 100 cando se trate de entidades que realicen actividades preparatorias, complementarias ou subordinadas ás da propia cooperativa. O conxunto destas participacións non poderá supera-lo 50 por 100 dos recursos propios da cooperativa, sendo posible unha autorización para participacións superiores na que medie causa xustificada.

■ Exceso das achegas ó capital social dos socios ou asociados sobre os límites legalmente autorizados. Establece o artigo 58.5 da Lei 5/98 que o importe total das achegas de cada socio nas cooperativas de primeiro grao non poderá exceder dun tercio do capital social⁴³.

⁴² Ó igual cá derogada Lei 3/1987, a Lei 27/1999 impón a contabilización separada dos beneficios derivados das operacións cooperativizadas realizadas con terceiros non socios.

⁴³ Igual límite se prevé no artigo 45.6 da Lei 27/1999.

D) Réxime fiscal das cooperativas fiscalmente protexidas

Os beneficios fiscais de que gozan estas cooperativas afectan distintos conceptos impositivos, e réxense, ademais, polas regras especiais do imposto sobre sociedades anteriormente indicadas.

a) Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados

Mantida expresamente polo artigo 45.1.c do R.D. legislativo 1/1993, polo que se aproba o texto refundido da Lei do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, prevese polo artigo 33.1 da Lei 20/1990 a exención por tódolos conceptos do imposto –salvo polo de actos xurídicos documentados que afecte documentos notariais, matrices, testemuños e as copias das escrituras e actas notariais– respecto de:

- Os actos de constitución, ampliación de capital, fusión e escisión.
- A constitución e cancelación de préstamos, incluso os representados por obrigacións.
- As adquisicións de bens e dereitos que se integren para o cumprimento dos seus fins no Fondo de Formación e Promoción a que se refería o artigo 89 Lei 3/1987.

b) Imposto sobre sociedades

No ámbito da imposición societaria o primeiro nivel de protección fiscal concrétese no recoñecemento de dous beneficios fiscais:

- Tipos de gravame. A aplicación dun tipo preferente ó resultado cooperativo, do que xorde a necesidade de fraccionamento da base imponible:
- Base imponible correspondente ós resultados cooperativos gravada ó tipo do 20 por 100.
- Base imponible correspondente ós resultados extracooperativos gravada ó tipo do 35 por 100.

Xorde nesta materia a cuestión relativa ó posible solapamento do referido dobre tipo de gravame coa escala de tipos prevista, para as empresas de reducida dimensión, polo artigo 127.bis da Lei 43/1995, isto é, a posibilidade de lle aplicar ó resultado extracooperativo ata 15 millóns de pesetas o tipo de gravame do 30 por 100 cando a cifra de negocios no período impositivo anterior fose inferior a 3 millóns de euros⁴⁴. Dous son os argumentos en sentido contrario a tal pretensión:

⁴⁴ O límite de 3 millóns de euros (499.158.000 pesetas) foi establecido, en substitución do anterior fixado en 250 millóns de pesetas, pola nova redacción dada ó

■ O primeiro, con base na propia Lei 20/1990, dada a especialidade do mandato contido no artigo 33.2.B) que establece que «á base imponible, positiva ou negativa, correspondente ós resultados extracooperativos aplicaráselle o tipo xeral».

■ En segundo termo, coa orixe na Lei 43/1995, en canto o mencionado artigo 127 bis establece que a escala de tipos seralles de aplicación ás entidades non incluídas nas que, de acordo co artigo 26 da dita lei, deban tributar a un tipo diferente do xeral, cunha alínea tres que lles efectúa unha mención expresa ás sociedades cooperativas.

■ Liberdade de amortización. Procede en relación cos elementos do activo que reúnan as seguintes características:

■ Ser activos fixos, amortizables e novos;

■ Ter sido adquiridos no prazo de 3 anos a partir da inscrición no Rexistro de Cooperativas do Ministerio de Traballo ou, se é o caso, da Comunidade Autónoma competente.

Trátase, non obstante, dunha liberdade de amortización limitada: unha vez practicada contablemente a amortización normal de cada exercicio, a cooperativa pode reverter na base imponible unha cantidade adicional en concepto de liberdade de amortización, a cal se considera fiscalmente deducible sempre que non exceda do saldo da conta de resultados cooperativos do período diminuído nas aplicacións obrigatorias ó Fondo de Reserva Obrigatorio e as participacións do persoal asalariado. Do anterior despréndese que é condición necesaria para poder practicala liberdade de amortización que os resultados da actividade cooperativa sexan positivos.

c) Tributos locais

Gozan dunha bonificación do 95% da cota e posibles recargas dos tributos seguintes:

■ Imposto sobre actividades económicas.

■ Imposto sobre bens inmobles que grave os bens de natureza rústica das cooperativas agrarias e as de explotación comunitaria da terra.

E) Réxime fiscal das cooperativas especialmente protexidas

Os beneficios fiscais outorgados ás cooperativas protexidas, incorpóranselles no ámbito deste superior nivel de protección os incentivos adicionais que se concretan a continuación:

artigo 122 da Lei 43/95 polo artigo primeiro do Real decreto lei 3/2000, do 23 de xuño, polo que se aproban medidas fiscais urxentes de estímulo ó aforro familiar e á pequena e mediana empresa.

a) Imposto sobre transmisións patrimoniais

Están exentas as operacións de adquisición de bens e dereitos destinados directamente ó cumprimento dos seus fins sociais e estatutarios⁴⁵.

b) Imposto sobre sociedades

Bonificación do 50% da cota íntegra, integrada pola suma alxébrica das cantidades resultantes de lles aplicar ás bases impositibles os tipos de gravame correspondentes. Non obstante, hai que destacar dous supostos particulares:

- Cooperativas de traballo asociado, as cales gozan dunha bonificación do 90% da cota íntegra do imposto sobre sociedades durante os 5 primeiros anos de actividade social se cumpren durante o dito período os requisitos seguintes:
- Que integren, cando menos, un 50 por 100 de socios minusválidos.
- Que os ditos socios se encontren en situación de desemprego no momento de se constituí-la cooperativa⁴⁶.
- Explotacións agrarias asociativas prioritarias. As explotacións así cualificadas conforme o artigo 5 Lei 19/1995, do 4 de xullo, que adopten a forma xurídica de cooperativas agrarias⁴⁷ e se fagan acreedoras do nivel especial de protección fiscal, necesariamente, polo tanto, cooperativas de explotación comunitaria da terra e de traballo asociado, gozan dunha bonificación do 80 por 100 da cota íntegra do imposto sobre sociedades⁴⁸.

4. Réxime fiscal das cooperativas de segundo ou ulterior grao

Ás cooperativas de segundo ou ulterior grao, formadas por máis cooperativas da mesma ou distinta clase, ó obxecto do cumprimento e desenvolvemento de fins económicos comúns, recoñécenselle los beneficios fiscais mencionados en función do tipo de cooperativas que asocien⁴⁹. Do teor do artigo 35 da Lei 20/1990, pódense diferenciar as seguintes situacións:

⁴⁵ Este beneficio fiscal mantense expresamente en vigor polo artigo 45.1.c) R.D. lexislativo 1/1993, polo que se aproba o texto refundido do imposto.

⁴⁶ Disposición adicional 3ª da Lei 20/1990, do 19 de decembro.

⁴⁷ A sociedade cooperativa constitúe unha das formas xurídicas alternativas que pode adoptar as explotacións asociativas prioritarias conforme o artigo 14 da Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias.

⁴⁸ Artigo 14 da Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias.

⁴⁹ Definidas no artigo 130 da Lei 5/1998 e no artigo 77 da Lei 27/1999.

- Cando asocian exclusivamente cooperativas protexidas, gozan dos mesmos incentivos fiscais ca elas.
- Cando asocian exclusivamente cooperativas especialmente protexidas, gozan dos seus mesmos beneficios.
- Cando asocian cooperativas protexidas e especialmente protexidas, os beneficios aplicables son os das protexidas, máis a bonificación do 50 por 100 sobre a cota íntegra do imposto sobre sociedades que lles corresponda ós resultados obtidos das operacións realizadas coas cooperativas especialmente protexidas.

5. Réxime fiscal das unións, federacións e confederacións de cooperativas⁵⁰

O réxime tributario destas entidades, asociacións de cooperativas, adoptadas libre e voluntariamente, cun obxecto que é a defensa e promoción dos seus intereses canto sociedades cooperativas, vén definido polas seguintes notas caracterizadoras, contidas no artigo 36 da Lei 20/1990:

- Tributación polo imposto sobre sociedades conforme o réxime fiscal especial contido no título VIII, capítulo XV da Lei 43/1995 referido ás entidades parcialmente exentas⁵¹.
- Exención no imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, nos mesmos termos, as cooperativas especialmente protexidas.
- Bonificación do 95 por 100 da cota e recargas do imposto sobre actividades económicas⁵².

6. Réxime fiscal das cooperativas de crédito⁵³

Son cooperativas de crédito fiscalmente protexidas aquelas que se axusten ós principios e disposicións da Lei 13/1989, do 26 de marzo, inscritas nos rexistros do Banco de España, Mercantil e no correspon-

⁵⁰ O asociacionismo cooperativo está regulado no título IV da Lei 5/1998 e no título III da Lei 27/1998.

⁵¹ Artigo 36 b) da Lei 20/1990, segundo redacción dada pola disposición final 2ª da Lei 43/1995.

⁵² Letra c) do artigo 36 da Lei 20/1990 incorporada pola disposición adicional 29ª da Lei 21/1993, do 29 de decembro de orzamentos xerais do Estado para 1994.

⁵³ Tanto a Lei 5/1998 no seu artigo 127.2, coma a Lei 27/1999, no seu artigo 104, efectúan nesta materia unha remisión á súa norma específica: Lei 13/1989, do 26 de maio, de cooperativas de crédito.

dente de cooperativas e non incorran en ningunha das circunstancias enumeradas no artigo 13 da Lei 20/1990, se ben tres das causas de perda da protección fiscal relacionadas no dito precepto resultan matizadas na súa aplicación ás cooperativas de crédito:

- Distribución do excedente. Permítenselle-la acreditación do retorno cooperativo ós socios de traballo en proporción ós anticipos laborais percibidos durante o exercicio económico.

- Quebranto do principio mutual. Establecido en concordancia coa Lei 13/1989 e en termos de operacións con terceiros non socios no 50 por 100 dos recursos totais da cooperativa⁵⁴, matízase que «non se computarán no referido as operacións realizadas... cos socios das cooperativas asociadas, as de colocación dos excesos de tesourería no mercado interbancario, nin a adquisición de valores e activos financeiros de renda fixa para a cobertura dos coeficientes legais ou para a colocación dos excesos de tesourería».

- Redución de capital. O prazo de restablecemento do capital mínimo fixado, con carácter xeral, en seis meses é substituído polo «prazo regulamentario».

O réxime de protección fiscal deste tipo de entidades, definido no artigo 40 da Lei 20/1990, está presidido polas seguintes especialidades:

- Imposto sobre transmisións patrimoniais e AXD. Teñen as mesmas exencións cás recoñecidas ás cooperativas protexidas, na medida en que lles sexan aplicables pola súa especial natureza e actividades.

- Imposto sobre sociedades. A súa peculiaridade no imposto sobre sociedades consiste no tipo de gravame. Dependendo da procedencia da base imponible cabe distinguir⁵⁵:

- A base correspondente ós resultados cooperativos grávase ó 25 por 100. Son resultados cooperativos destas entidades os indicados con carácter xeral e, ademais os procedentes das operacións de:

- Colocación dos excesos de tesourería no mercado interbancario.

- As realizadas cos socios das cooperativas asociadas.

- Adquisición de valores e activos financeiros de renda fixa para a cobertura dos coeficientes legais ou para colocar los excesos de tesourería.

- A base derivada dos resultados extracooperativos, ó tipo xeral (35 por 100).

⁵⁴ Artigo 4.2 da Lei 13/1989, do 26 de maio, de cooperativas de crédito.

⁵⁵ Artigo 26.2 da Lei 43/1995.

8. As entidades cooperativas e os réximes tributarios especiais

a) *Transparencia fiscal*

A partir da entrada en vigor da Lei 20/1990 quedou sen efecto a disposición que permitía optar ás cooperativas fiscalmente protexidas polo réxime de transparencia fiscal⁵⁶.

b) *Operacións de reestructuración empresarial*

Con base no art. 33.6 da Lei 20/1990, as operacións desta índole realizadas por cooperativas ó abeiro da Lei 76/1980 gozaban dos beneficios fiscais previstos na dita norma no seu grao máximo. A partir do 1 de xaneiro de 1992, a Lei 29/1991 derogou expresamente aquel artigo, polo que o réxime fiscal das cooperativas que interveñan nestas operacións é o xeral regulado na Lei 43/1995, ben en aplicación do disposto no seu artigo 15 ou no réxime fiscal especial considerado no capítulo VIII do título VIII.

c) *Grupos de sociedades cooperativas*⁵⁷

As peculiaridades das sociedades cooperativas fixeron preciso a adaptación a estas das normas xerais da tributación sobre o beneficio consolidado. As diferencias fundamentais nun e noutro réxime céntranse, por un lado, na delimitación do grupo societario cooperativo e, por outra, na adaptación dun sistema de consolidación de cotas tributarias en lugar do sistema de consolidación de bases imponible.

■ *Grupo consolidable*⁵⁸

Enténdese como grupo de sociedades cooperativas, para os efectos do réxime de declaración consolidada, o conxunto formado por unha cabeza de grupo e as cooperativas de socios ou asociadas daquela sobre as que exerza poderes de decisión, conforme as súas regras estatutarias.

Os requisitos que as sociedades integrantes do grupo han cumprir son as seguintes:

a) A cabeza do grupo pode ser unha sociedade cooperativa, ou ben calquera outra entidade, polo que neste caso o seu obxecto social exclusivo ten que se-lo de planificar e coordina-lo desenvolvemento empresa-

⁵⁶ O artigo 19.3 da Lei 61/78, na redacción dada pola Lei 48/85, do 27 de decembro, dispuña que poderían optar polo réxime de transparencia fiscal as sociedades cooperativas fiscalmente protexidas. Este precepto, no que ás entidades cooperativas se refire, foi derogado pola disposición final 1ª da Lei 20/1990.

⁵⁷ As disposicións que regulan a materia son o RD 1345/1992 e a Lei 43/1995, do 27 de decembro no que non sexa incompatible coa disposición anterior.

⁵⁸ Artigo 1 do R.D. 1345/1992.

rial e as estratexias a longo prazo das demais cooperativas do grupo, non podendo estar participada máis ca por outras cooperativas.

b) Tódalas sociedades han estar vinculadas por un pacto ou compromiso de redistribución do excedente neto obtido por cada unha delas, que ha constar en escritura subscripta por todas e nos seus estatutos respectivos.

A redistribución ten que ser directamente proporcional ó importe das operacións, actividades e servicios cooperativizados realizados polos socios das cooperativas membros do grupo, e por unha contía mínima do 25% do excedente neto, deducidos os impostos e as cantidades legalmente obrigatorias que se lles destinen ós fondos de reserva.

En canto ás modificacións na composición do grupo hanse diferenciar, a teor do disposto no artigo 2.2 do R.D. 1345/1992, dúas circunstancias posibles para tal efecto:

a) Inclusión. É obrigatoria a incorporación ó grupo das cooperativas que reúnan os requisitos esixidos unha vez que sexa de aplicación este réxime. A incorporación ten efectos desde o exercicio seguinte en que concorran os ditos requisitos.

b) Exclusión. As cooperativas que deixen de cumprir-las requisitos exclúense do grupo consolidado no mesmo exercicio en que se dea tal circunstancia.

■ *Solicitud e concesión do réxime*

O artigo 2 do R.D. 1345/1992 prevé a opción polo réxime de tributación consolidada pola entidade cabeza do grupo e a súa concesión polo Ministerio de Facenda. Non obstante, aínda cando a Lei 43/1995 establece que os grupos de sociedades cooperativas poden tributar no réxime de declaración consolidada segundo o previsto na dita disposición regulamentaria, na medida en que a citada lei suprime a intervención administrativa respecto da solicitude e concesión do réxime de consolidación, sendo o propio grupo quen decide ou non optar polo dito réxime, o mesmo se lles debe trasladar ós grupos de sociedades cooperativas.

■ *Perda do réxime*⁵⁹

A perda do réxime de declaración consolidada prodúcese cando se dea algunha destas circunstancias:

- As establecidas con carácter xeral.
- O incumprimento do compromiso de redistribuí-los excedentes cooperativos dispoñibles.

⁵⁹ Artigo 5 do R.D. 1345/1992.

■ A realización pola entidade cabeza do grupo, cando non se trate dunha sociedade cooperativa, de actividades distintas ó seu obxecto exclusivo.

■ *Base imponible das sociedades do grupo*

A diferenza do réxime xeral de consolidación, os grupos de cooperativas non precisan determinar unha base imponible consolidada do grupo, senón que cada unha das sociedades integrantes ha calcula-la súa propia. Para iso, en aplicación do previsto no artigo 3 do mencionado real decreto, ha segui-las normas previstas na Lei 43/1995 e, particularmente, na Lei 20/1990, procedendo con posterioridade a realizar, exclusivamente, as eliminacións por operacións intergrupo que deriven dos seguintes motivos:

■ Polos retornos cooperativos entre as sociedades do grupo.

■ Polos resultados distribuídos pola cabeza do grupo.

■ Polas axudas económicas prestadas entre as cooperativas do grupo en virtude das obrigacións asumidas, considerándose que tales axudas non son nin gasto deducible para quen as presta nin ingreso computable para quen as recibe.

■ *Cota tributaria consolidable*

A cota consolidada do grupo de cooperativas é o resultado, sempre que sexa positiva, de sumar alxebricamente a cantidade obtida ó lles aplicar ás bases impositivas positivas ou negativas de cada entidade que forma o grupo os tipos de gravame que correspondan e das bonificacións a que teña dereito.

Se a suma anterior fose negativa, existe dereito a compensación, isto é, o seu importe pode ser compensado polo grupo coas cotas consolidadas positivas dos cinco exercicios inmediatos seguintes.

Dado que a Lei 43/1995 amplía o prazo de compensación a 7 anos de forma xeral, a partir do 1 de xaneiro de 1996, e a partir do 1 de xaneiro de 1999 a dez anos, a cota negativa xerada nos períodos impositivos iniciados desde esa data poderá ser compensada polo grupo coas cotas consolidadas positivas obtidas nos períodos impositivos que conclúan nos 7 e 10 anos inmediatos e sucesivos.

■ *Retencións*

Os rendementos do capital mobiliario satisfeitos entre as entidades integrantes do grupo non están suxeitos a retención, de acordo co disposto no artigo 6 do R.D. 1345/1992.

■ *Declaración do imposto sobre sociedades e pagamentos fraccionados*

A declaración - liquidación do imposto sobre sociedades do grupo de cooperativas que optase polo réxime de tributación consolidada ha ser presentada pola entidade cabeza do grupo, nos mesmos termos có sinalados para os grupos en xeral.

De igual modo, a entidade cabeza de grupo ha efectua-los pagamentos fraccionados correspondentes. 

DOBLE NACIONALIDAD Y EMIGRACIÓN: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Aurelia Álvarez Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

1. Los emigrantes y sus familiares en el Derecho español de la nacionalidad

1.1. Protección de los emigrantes mediante las normas de nacionalidad: antecedentes inmediatos

A) *Constitución Española: vinculación del art. 42 al art. 11.3*

Dejando a un lado los antecedentes históricos de la doble nacionalidad, la norma de base en la materia la encontramos en el art. 42 de nuestra Ley Fundamental al establecer entre los principios rectores de la vida social y económica española que:

«El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno».

Este precepto constitucional impone como principio rector de la vida social y económica española la salvaguardia de los derechos de los trabajadores españoles mientras residan en el extranjero y la orientación del retorno de los mismos cuando deseen regresar al territorio español¹.

¹ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 241-246; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990, pp. 147-164.

La interrogación acerca de los medios fue resuelta recurriendo bien al Derecho de extranjería o bien al Derecho de la nacionalidad. En el primero de los sectores, las vías de la reciprocidad diplomática o legislativa e incluso la jurisprudencial ayudan a disminuir las eventuales discriminaciones de los emigrantes españoles en el país receptor; y el Derecho de la nacionalidad, a través del cual también se puede alcanzar el doble objetivo previsto en el art. 42 de la CE; pues en virtud de la incorporación de un procedimiento privilegiado de recuperación de la nacionalidad para los emigrantes se facilita el retorno; y mediante la obtención de la doble nacionalidad, prevista en el párrafo 3º del art. 11 de la CE, se pueden eliminar todas las discriminaciones sufridas por nuestros trabajadores en el extranjero. Para ello, este precepto prevé:

«El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquéllos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aún cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen».

El párrafo transcrito, núcleo central de nuestro sistema, abrió nuevas posibilidades. De un lado, configura la doble nacionalidad convencional con una gran flexibilidad, al permitir que el Estado español concierte Convenios de doble nacionalidad no sólo con los países iberoamericanos, sino también con todos aquellos países «que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España». Y además, su inciso final instaura una doble nacionalidad, denominada automática por J. C. Fernández Rozas, que no exige la existencia de un tratado para que se produzca².

Los objetivos pretendidos, sobre todo con el segundo inciso, no eran excesivamente claros³ y tampoco existía nitidez en cuanto a su eventual aplicabilidad directa⁴. Las dificultades interpretativas se proyectaron en

² Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La reforma del derecho español de la nacionalidad», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1983*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1984, pp. 210, 220-223.

³ Este precepto planteó básicamente dos grandes interrogantes: de un lado, ¿qué países pueden ser considerados dentro de la fórmula «hayan tenido o tengan una particular vinculación con España»? Y en segundo lugar, ¿cuál es la finalidad del último inciso que permite a los españoles naturalizarse en esos países sin perder su nacionalidad originaria?. Las respuestas doctrinales, entre las que debemos destacar las de los Profesores J. D. González Campos, J. C. Fernández Rozas, E. Pérez Vera y A. Rodríguez Carrión, concluyen unánimemente que la doble nacionalidad debe vincularse al fenómeno migratorio (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad y emigración*, op. cit., pp. 153-162).

⁴ En este terreno, la incertidumbre fue resuelta teniendo en cuenta las dos posturas extremas: la *Consulta núm. 1/1979, de 12 enero del Fiscal General del Estado*, reiterada por la *Res. DGRN de 21 marzo 1979* apuntaba que el párrafo 3º del art. 11 de la CE se limitaba «a sentar principios rectores» y ... «.. la pérdida de la nacionalidad española

los trabajos previos a la elaboración de la ley de desarrollo. En este sentido, el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno apenas repetía el precepto constitucional, sin embargo, la Enmienda núm. 24 a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Comunista, proponía un desarrollo del mismo más amplio que aseguraba simultáneamente el cumplimiento del art. 42⁵.

B) *Doble nacionalidad por razón de emigración en la Ley 51/1982*

La vinculación del párrafo 3º *in fine* del art. 11 de la CE con los criterios de política legislativa de protección a nuestros emigrantes en el extranjero, muchos de ellos residentes en países europeos, se reflejó claramente en la Ley 51/1982, de 13 de julio, que modificó los arts. 17 a 26 del Cc⁶.

La doble nacionalidad por razón de emigración planteó numerosas dudas⁷. La *mens legislatoris* había sido muy nítida, pero la formulación

por adquisición voluntaria de otra se rige hoy por el texto vigente del art. 22 del Cc, sin que pueda tener aplicación inmediata, a reserva de un futuro desarrollo legislativo, el principio contenido en el art. 11.3º de la Constitución». En cambio, la *Res. DGRN de 19 abril 1988* apuntaba que «no hay duda hoy ... de que ese precepto constitucional, en lo que se refiere a un país inequívocamente iberoamericano ... ha de tener *vigencia inmediata*» (*BIMJ*, núm. 1491, 1988, pp. 2353-2362; comentada por M.A. Amores Conradí, «Pérdida/conservación de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (argentina)», *CCJC*, núm. 17, 1988, pp. 437-444).

⁵ Durante la 1ª Legislatura la práctica parlamentaria, del Congreso y del Senado, referida tanto al art. 42 CE como al art. 11 de la CE también puso de manifiesto la conexión existente entre la doble nacionalidad y el fenómeno migratorio. Se debe destacar una pregunta realizada por el Grupo Parlamentario Comunista sobre «Privación de la nacionalidad a emigrantes españoles naturalizados en el país de acogida». Concretamente, el Diputado R. Tamames Gómez, formuló una pregunta, el 20 de febrero de 1980, para su contestación oral en el Pleno del Congreso, acerca de la situación de unos emigrantes españoles residentes en Australia. Estos se habían visto obligados a adquirir la nacionalidad correspondiente al Estado de acogida, motivo por el cual el Cónsul español acreditado en Sidney les exigió que renunciaran a la nacionalidad española en contra de lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del art. 11 de la CE. Dicha actuación provocó la pregunta parlamentaria, suscitando varias interrogaciones acerca de la aplicación directa de la Constitución española sin necesidad de desarrollo legislativo, pretendía indagar acerca de la futura interpretación de la particular vinculación de un país con España y si ésta podía surgir por la existencia de emigrantes españoles residentes en los mismos (*Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 244-245).

⁶ *Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La reforma del Derecho español...», loc. cit.*, pp. 224-225.

⁷ *Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Nacionalidad y emigración, op. cit.*, pp. 191-228. Con respecto a la Disposición Transitoria las dudas continuaron hasta el punto que fue posible mantener la vigencia de esta disposición una vez que entró en vigor la Ley 18/90 (*Cf. M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, «De los españoles y extranjeros», op. cit.*, p. 77). Sin embargo, otros autores mantuvieron que se había producido una derogación tácita de la misma (*Vid. J. GIL RODRÍGUEZ, La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993, p. 100).

ambigua de algunos de estos supuestos restringió el verdadero alcance de los preceptos. La imprecisión terminológica con la que se formularon las disposiciones dirigidas a los *emigrantes* (art. 23.1 *in fine* y Disposición Transitoria) hizo necesario que se dieran unas pautas interpretativas para su aplicación. Las primeras directrices se encuentran recogidas en la *Instrucción DGRN de 16 mayo 1983*⁸, que parte de la existencia de una serie de lagunas en la 51/1982 que es necesario resolver pero, incongruentemente, introduce cierto confusiónismo y las soluciones aportadas en relación al régimen de nacionalidad de los emigrantes no fueron suficientes.

Durante los ocho años y cuatro meses de vigencia de estos preceptos se puede concluir que la aplicación de los mismos llevó a una total distorsión entre las previsiones legislativas y la interpretación del Centro Directivo por las razones que a continuación pasamos a exponer.

En primer lugar, la interpretación del ámbito personal de aplicación conllevó una reducción drástica del número de destinatarios⁹ por la ex-

⁸ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983 de la D.G.R.N., sobre nacionalidad española», *A.D.C.*, t. XXXVI, 1983, pp. 1299-1319. La *Instrucción DGRN de 16 mayo 1983* partió de un concepto de emigración, distinto al establecido en la Ley General Emigración al señalar: «Este concepto de emigración ha de entenderse en su sentido propio, es decir, ha de referirse al español, que especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan». La definición de emigrante incorporada a la *Instrucción DGRN de 16 mayo 1983* no abarca a todos los hijos de los emigrantes, puesto que excluye a aquellos que han nacido en el Estado de acogida, en los cuales no concurre el requisito del traslado. El Centro Directivo, incorporó en su interpretación una discriminación entre los hijos de los emigrantes quedando excluidos los nacidos fuera de España salvo que en ellos concurrese el requisito del traslado desde el territorio español. En concreto, las *Res. DGRN de 14 julio 1986 y de 12 de enero 1987* se pronunciaron en favor de la pérdida de la nacionalidad española de sus destinatarias nacidas en Bruselas, que se trasladaron a París, adquiriendo posteriormente la nacionalidad francesa. En estos dos casos se tuvo en cuenta que no se había adquirido la nacionalidad del país donde habían nacido pero que era irrelevante el desplazamiento de Bélgica a Francia. En estas decisiones se dispuso que: «...Es evidente también la irrelevancia de los desplazamientos materiales entre terceros Estados pues no es tanto este desplazamiento como el reconocimiento jurídico de especiales lazos de integración en la sociedad española generados por la estancia anterior en ella, lo que determina la posibilidad de la conservación de nuestra nacionalidad».

⁹ Inicialmente parecía que la *Instrucción DGRN de 16 mayo 1983* había partido de un concepto amplio y flexible de emigración como se puso de manifiesto en la que *Res. DGRN de 11 junio 1985* (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes originariamente españoles», *La Ley*, 1985-IV, pp. 1017-1031). Dicha elasticidad interpretativa permitió ampliar el ámbito de esta doble nacionalidad tanto a las mujeres emigrantes que perdieron la nacionalidad por razón de matrimonio (*Res. DGRN de 21 marzo, de 13 septiembre 1988; de 26 agosto, de 19 septiembre 1991 y de 25 abril 1992*) como a los exiliados políticos (*Res. DGRN de 6 junio 1988 y de 17 mayo 1989*).

clusión de los hijos de los emigrantes nacidos fuera de España. La eliminación de este grupo de personas de la doble nacionalidad por razón de emigración se argumentó mediante los siguientes motivos: por el principio de la unidad y exclusividad del vínculo de la nacionalidad; por la desvinculación de los mismos de nuestro territorio; por poder acceder a la doble nacionalidad por otros cauces; y, fundamentalmente, por el hecho de no concurrir en ellos el requisito del desplazamiento desde el territorio español¹⁰. En definitiva, el Centro Directivo engendró, con su interpretación, una discriminación entre los hijos de los emigrantes, al excluir a los nacidos fuera de España; y posteriormente, introdujo una excepción entre estos últimos, pudiendo acogerse al régimen establecido para los emigrantes aquellos nacidos fuera de España en los que concurrese el requisito del traslado desde el territorio español¹¹.

En segundo término, por la necesidad de aportar la justificación de los motivos que provocaron la adquisición de la nacionalidad extranjera¹² dentro del plazo de un año desde la adquisición de la nacionalidad, -requisito inexistente desde el punto de vista legal-. De ello, se deduce que todos los que justificaron la razón de emigración una vez transcurrido este plazo perdieron la nacionalidad española¹³.

En tercer lugar, por la necesidad de obtener la habilitación previa en caso de acogerse a la Disposición Transitoria, siempre que se hubiese perdido la nacionalidad española sin haber cumplido el servicio militar¹⁴.

De estas afirmaciones, se puede deducir, con relación a los emigrantes, que: algunos, han podido incurrir en pérdida de la nacionalidad española, otros no han podido recuperar la nacionalidad española; y, con

¹⁰ Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «La doble nacionalidad de los hijos de los emigrantes», *La Ley*, 1987-2, pp. 887-900.

¹¹ Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad y emigración*, op. cit., pp. 209, nota 47.

¹² Los eventuales destinatarios tengan que presentar alguna prueba para demostrar la relación causa-efecto entre la emigración y la adquisición de la nacionalidad extranjera. Pero, ¿qué medios son los más idóneos para acreditar este hecho? (*Ibid*, pp. 213-214; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Le droit espagnol de la nationalité», Br. Nascimbene, *Nationality Laws in the European Union. Le Droit de la Nationalité dans l'Union Européenne*, Milán, Giuffrè/Butterworth, 1996, p. 243, núm. 46).

¹³ Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad y emigración*, op. cit., pp. 219-224, esp. nota 87. Esta misma interpretación se observa después de haber entrado en vigor la Ley 18/90 (*Vid. Res. DGRN de 15 febrero, de 13 y de 25 mayo, de 24 agosto y de 16 septiembre 1991 y Res. DGRN de 2 junio 1993*).

¹⁴ Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho español de la nacionalidad*, op. cit., pp. 233-234, 254-256; J. M^a. ESPINAR VICENTE, *Derecho internacional privado. La nacionalidad*, 2^a ed., Granada, 1988, pp. 138-140; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Nacionalidad y emigración*, op. cit., pp. 215-219. Una vez que entró en vigor la Ley 18/90 se consideraron válidas algunas declaraciones de recuperación aplicando la Disposición Transitoria de la Ley 51/82 apuntando que no era necesaria la habilitación previa por tratarse de varón mayor de 50 años (*Vid. Res. DGRN de 2 abril 1991*).

relación a los hijos, que la práctica totalidad de los nacidos fuera de España tampoco pudieron beneficiarse de la doble nacionalidad por razón de emigración.

C) *Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Cc en materia de nacionalidad*

Las dificultades observadas en la aplicación de la doble nacionalidad por razón de emigración, sobre todo con respecto a la eventual pérdida por adquisición de una nacionalidad extranjera por razón de emigración, exigieron la puesta en marcha de una reforma. El art. 24 de la Proposición de Ley de reforma del Cc en materia de nacionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, de 10 de noviembre de 1988, pretendía corregir los defectos detectados durante los años de aplicación de la Ley 51/1982¹⁵. En concreto, como expresamente se ponía de manifiesto en los antecedentes explicativos de la reforma, se aludía a dos: de un lado, la existencia de criterios muy dispares en el régimen general de pérdida, puesto que mientras para los españoles mayores de edad que adquirían otra se partía del principio de la nacionalidad débil, con respecto a los menores la nacionalidad española tenía la consideración de nacionalidad fuerte. Por otro, en relación a la excepción prevista para los emigrantes existió, en todo momento, confusión en cuanto a sus destinatarios así como sobre el plazo dentro del cual se debía presentar la justificación de que la adquisición había sido provocada por razón de emigración.

Estas mismas razones o argumentos guiaron la puesta en marcha de la Proposición de Ley sobre la misma materia, presentada el 15 de diciembre de 1989¹⁶. En ambas, se pone de manifiesto una importante

¹⁵ Con la pretensión de poner claridad, el 10 de noviembre de 1988, se presentó una Proposición de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, IIIª Legislatura, Serie B, núm. 129-1, de 10 noviembre 1988, pp. 1-10). El art. 24 de esta Proposición establecía que «1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. 2. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los emigrantes o los hijos de emigrantes podrán evitar la pérdida si antes de expirar los plazos indicados manifiestan su voluntad de conservar la nacionalidad española. La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen».

¹⁶ Iniciada la IVª Legislatura, el 15 de diciembre de 1989, el Grupo Socialista envía una Proposición para poner en marcha la modificación prevista (BOCG, Congreso de los Diputados, IVª Legislatura, Serie B, núm. 14-1, de 15 de diciembre de 1989, pp. 1-5).

novedad: evitar la pérdida declarando su voluntad de conservar la nacionalidad española antes de que transcurra un plazo de tres años¹⁷; y, en todo caso, se fomentaba la recuperación de la nacionalidad en el caso de pérdida por motivos de emigración¹⁸. Por tanto, desde el principio de la elaboración se partió de una corrección de los criterios establecidos en la Ley 51/1982 que garantizase una mayor protección a los emigrantes y a sus descendientes. Esta postura se mantuvo sin cambios durante la fase de tramitación de la Proposición en el Congreso de los Diputados. Sin embargo, se produjo un giro copernicano en el Senado, con un criterio calificado de «inesperado e inesperable» e injustificado en el propio Preámbulo que antecede al texto de la Ley 18/1990¹⁹.

¹⁷ *Ibid.*, p. 5. En la fase de defensa para su aceptación el portavoz del grupo proponente, Sr. CUESTA MARTÍNEZ (GPS) se manifestaba en los siguientes términos: «La Proposición ... pretende dificultar la pérdida de la nacionalidad española, sobre todo como una forma más de proteger los derechos de los emigrantes y de sus hijos. De esta forma, pese a la adquisición o aceptación voluntaria de otra nacionalidad, el emigrante y sus hijos pueden evitar la pérdida de la nacionalidad española mediante una declaración expresa de conservación, formulada en un plazo de tres años a contar desde la adquisición de la nueva nacionalidad» concluyendo que «creemos, en síntesis, que con esta ley, señorías, vamos a favorecer la conservación de la nacionalidad española». En el mismo debate, el Sr. Sartorius señalaba que: «Es importante también la supresión del requisito de la renuncia a la nacionalidad extranjera, tanto en la adquisición como en la recuperación de la nacionalidad española y abre la vía, a nuestro entender, a una política más activa en materia de doble nacionalidad en el Derecho internacional y en la aplicación de éste».

¹⁸ En la fase de defensa para su aceptación, el Sr. Cuatrecasas (G-Minoría Catalana) afirmaba: «La situación actual sobre la nacionalidad se ha modificado sustancialmente respecto de la que existía no hace demasiados años, sobre todo en el contexto europeo... Parece deseable, no sólo en España, sino en cualquier otro lugar, que aquella persona que va a residir a un determinado país forzado por situaciones económicas, políticas, angustiosas en su propio país, pueda tener la posibilidad de regresar si él lo desea y porque las condiciones iniciales en su propio país mejoren, tanto desde un punto de vista político como económico. Si estas condiciones económicas o sociales en el propio país de origen no se producen, realmente aquella persona quedará condicionada a vivir de forma permanente, y quizá, por la fuerza de los hechos, a adquirir aquella nueva nacionalidad. *Habría que darle cauces para que, en el supuesto de que aquella situación mejorase en el país de origen, pudiese recuperar la nacionalidad que por su propia voluntad jamás hubiese abandonado.*»

¹⁹ La aludida metamorfosis se debió a la aceptación de la Enmienda núm. 97, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (GPS), en la que se solicitaba la supresión del régimen especial de pérdida que tenía como destinatarios a los emigrantes y a sus descendientes (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Binacionalidad en el Ordenamiento español y su repercusión en la Unión Europea», *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994, pp. 52-55).

a) Pérdida

El art. 24 Cc, redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, incorpora tres causas de pérdida de la nacionalidad española: la pérdida por adquisición voluntaria de nacionalidad extranjera, la pérdida por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera obtenida antes de la emancipación y la pérdida por renuncia –reservada únicamente para los españoles que tienen otra y residan habitualmente en el extranjero–²⁰.

La supresión del supuesto especial para los emigrantes españoles previsto en la Ley 51/1982, y la incorporación del uso exclusivo de nacionalidad extranjera como causa de pérdida provocarán la necesidad de tramitar un gran número de expedientes con valor de simple presunción de la nacionalidad española²¹. Habida cuenta la ausencia de claridad en la regulación de esta última causa de pérdida dada la ambigüedad del tér-

²⁰ Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», *Nacionalidad y Extranjería*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 26-58; *Guía de la nacionalidad española*, 2ª ed, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 83-92; N. DÍAZ GARCÍA, *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1991, pp. 97-106; J. M^a. ESPINAR VICENTE y E. PÉREZ MARTÍN, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1994, pp. 159-169; M. PEÑA y Bernaldo DE QUIRÓS, «De los españoles y extranjeros», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (dir. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), t. I, vol. 3, Madrid, Edersa, 1993, pp. 423-480; F. A. RODRÍGUEZ MORATA, «La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de reforma del Código Civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, pp. 385-426.

²¹ Según la *Instrucción DGRN de 14 abril 1999*, sobre certificado de nacionalidad española «El Encargado del Registro Civil tiene facultades para declarar en expediente la nacionalidad española de una persona (art. 96.2 LRC y art. 335 RRC). En ocasiones la tramitación del expediente puede ser muy sencilla porque, si el Registro Civil no prueba lo contrario —a la vista de la oportuna certificación literal de nacimiento del interesado— y si por las circunstancias del caso no hay elementos de sospecha de que aquél haya podido incurrir en causa legal de pérdida de la nacionalidad española, la posesión de ésta (art. 338 RRC), unida a la manifestación del interesado de conservar su nacionalidad española (art. 363. II RRC), justificará la aprobación del expediente. Recuérdese que, en cuanto a la prueba de la posesión de estado de la nacionalidad española, serán elementos favorables tener documentación española en vigor, haber otorgado como español algún documento público, haber comparecido con este carácter en el Consulado y otra conductas semejantes (Instrucción de 20 de marzo de 1991, apartado VI). En todo caso el expediente favorable da lugar a una anotación obligatoria al margen del asiento de nacimiento correspondiente (art. 340 II RRC). La conclusión del expediente puede dar lugar también a que el Encargado del Registro Civil del domicilio (art. 335 RRC), sin necesidad de esperar a que se practique esa anotación expida a favor del interesado un certificado «ad hoc» (art. 33 RRC) que le proporcione la prueba de su nacionalidad española. Tales certificados, que hacen fe salvo prueba en contrario con valor de simple presunción (art. 340. I RRC), vienen a colmar un vacío... y servirán para resolver cuestiones de prueba de la nacionalidad española que se plantean frecuentemente, sobre todo, a los españoles en el extranjero» (BOE, 30-IV-1999).

mino «uso exclusivo», la interpretación auténtica nos conduce a considerar excluidas a aquellas personas que demuestren que han usado en algún lugar y por alguna circunstancia la nacionalidad española en algún momento dentro del plazo de los tres años siguientes a la emancipación. La pretensión última de este tipo de pérdida es dejar de considerar como españoles a aquellas personas que presentan una desvinculación total de España ya que el vínculo de la nacionalidad no es un título individual abstracto.

b) Recuperación

La institución de la recuperación, prevista en el art. 26, no se regula de forma más sencilla o menos rigurosa que en la legislación anterior; y, además, la ordenación dada por la Ley 18/1990 tampoco suponía una clarificación de los criterios interpretativos. Se incorporó el aligeramiento de un requisito, pero se añadió mayor complejidad al establecer que la concesión de la dispensa correspondía al Gobierno cuando para el mismo supuesto en la Ley 51/19982 era competente el Ministro de Justicia, e incluso, en el caso de los emigrantes y de los que adquirieron de forma voluntaria la nacionalidad de su cónyuge dicha solicitud podía ser denegada mientras que en la legislación anterior tenía carácter preceptivo.

Una medida que se debe destacar por su importancia para los descendientes de los emigrantes en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, introdujo una Disposición Transitoria 3^a en la que se estableció que:

«Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España podrán optar por la nacionalidad española en el plazo de tres años, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Para el ejercicio de este derecho será necesario que el interesado resida legalmente en España en el momento de la opción. No obstante, este requisito podrá ser dispensado en los términos previstos en el art. 26.1.a) del Cc para la recuperación de la nacionalidad»²².

La finalidad de esta medida se puso de manifiesto en el Preámbulo de dicha Ley, al señalar que obedece: «al propósito de favorecer la adquisición de la nacionalidad española para situaciones producidas con anterioridad... benefician, sobre todo, a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles. Se estima así que, por medio de la opción que se concede, quedarán solucionadas las últimas secuelas perjudiciales de un proceso histórico –a emigración masiva de españoles–, hoy difícil-

²² Vid. J. GIL RODRÍGUEZ, *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993, pp. 135-141.

mente repetible». Ahora bien, no daba lugar a ningún supuesto de doble nacionalidad por ser exigible la renuncia a la nacionalidad extranjera. Este derecho de opción, cuya vigencia alcanzaba hasta el 7 de enero de 1994, aunque luego fue ampliado por Ley 15/1993, de 23 de diciembre, el plazo para optar previsto en la Disposición Transitoria de la Ley 18/1990 se prorrogó por dos años más ²³.

1.2. Protección de los emigrantes y sus familiares en la actual regulación de la nacionalidad: Ley 29/1995, de 2 de noviembre

A) Recuperación

Mediante la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, se modifica nuevamente el art. 26 del Código Civil²⁴, que regula el procedimiento general de recuperación de la nacionalidad española. La institución de la recuperación está regulada de forma un poco menos rigurosa que en la legislación anterior. La nueva normativa trata de evitar tramitaciones inútiles y de aligerar el procedimiento de la recuperación. Por ello, aunque el régimen general de recuperación continúa imponiendo la residencia legal en España²⁵, si bien dicho requisito puede ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurren en el solicitante circunstancias excepcionales y, además, dos grandes colectivos, los emigrantes e hijos de emigrantes (art. 26.1.a) junto con las mujeres que perdieron la nacionalidad por matrimonio (Disposición Transitoria 2ª de la Ley 29/1995) están exentos del cumplimiento de este requisito²⁶.

De todas formas, se debe destacar que la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, no fue suficientemente generosa. Pues, parece razonable que, si la regla general exige la residencia legal en España, los destinatarios del

²³ BOE, 24-XII-1993. Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Prórroga del plazo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 18/90», *R.E.D.I.*, vol. XLVI, 1994-1, pp. 441-446.

²⁴ BOE, 4-XI-1995.

²⁵ Res. DGRN de 1 marzo 1995, de 6 abril y 2ª de 19 junio 1996.

²⁶ Los eventuales beneficiarios de los supuestos especiales de recuperación no están obligados a residir legalmente en España ni a solicitar la dispensa de residencia. Por tanto, los emigrantes e hijos así como las mujeres de origen español, destinatarias de la DT2ª, están exentos del cumplimiento de este requisito. De ello se deriva que podrán hacer la declaración residiendo en el extranjero, siendo competente para recibirla y tramitar dicha solicitud el Cónsul Encargado del Registro Civil. Además, no se tendrá que justificar la intención de retornar a España puesto que no se exige en ningún caso la necesidad de vivir en España. Ahora bien, también pueden solicitarla desde el territorio español, pero, en este caso no será necesario proveerse de ningún permiso de residencia pues bastará con el cumplimiento del resto de los requisitos –declaración de querer recuperar, renuncia a la nacionalidad anterior cuando sea necesaria e inscripción en el Registro– (Vid. Res. DGRN de 28 enero 2000).

régimen excepcional tengan que acreditar su pertenencia al grupo de personas beneficiados de la no exigencia de dicho requisito. Desde esta perspectiva debemos preguntarnos ¿quienes son los destinatarios de la exención de residencia legal en España?. Ciertamente, el núcleo fundamental de la última reforma se encuentra en la eliminación del requisito de la residencia al colectivo aludido, como se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley 29/95, al afirmar expresamente que:

«El propósito de la presente Ley es, pues, la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, lo que guarda armonía con el deber del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores españoles en el extranjero»²⁷.

Por tanto, existe total claridad en que los beneficiarios indiscutibles de la no exigencia de la residencia legal en territorio español son los emigrantes y sus hijos. No obstante, la evidencia se ensombrece a la hora de proceder a determinar quiénes son considerados como emigrantes e hijos de emigrantes, ya que la actual legislación no delimita quiénes son estas personas. Por ello, antes de aplicar el beneficio debemos saber con claridad quiénes van a ser los beneficiarios. La *Instrucción DGRN de 20 marzo 1991* se decantaba en favor de que «sólo se exige hoy el hecho físico de la emigración y no que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquélla» para ser considerado como eventual destinatario de las normas de nacionalidad especialmente previstas para emigrantes²⁸.

El Centro Directivo parece mantener un criterio flexible en tal actividad probatoria, pues basta con haber nacido en España y que el interesado haya estado residiendo en el extranjero. En este sentido, para eliminar cualquier tipo de duda la *Res. DGRN 1ª de 2 septiembre 1996* apunta que:

«Conviene advertir, que no es preciso, como se deduce del informe emitido por el Juez Encargado, justificar el carácter de emigrante para la aplicación del precepto ya que obviamente merecen tal consideración todos aquellos que habiendo nacido en España viven en otro país. Por lo tanto, acreditado el nacimiento en España de la interesada y una vez efectuada en el extranjero la manifestación de voluntad de querer recuperar la nacionalidad española ante el Cónsul competente, no debe haber ningún obstáculo para hacer constar tal recuperación al margen de la inscripción de nacimiento».

Parece deducirse que demostrando haber nacido en España con traslado a un país extranjero o ser hijo de una de estas personas es suficiente

²⁷ BOE, 4-XI-1995.

²⁸ BOE, 24-VII-1991.

para cumplir la condición de emigrante. En este caso no es necesario acreditar previamente tal condición. Esta postura está claramente sustentada en la *Res. DGRN 2ª de 23 octubre 1997* al señalar que:

«La condición de emigrante, como viene señalando la doctrina de este Centro Directivo, no es una cualidad que haya que probar especialmente porque se deduce objetivamente del hecho de haber nacido en España y residir en otro país en el momento en que se recupera la nacionalidad española por haberla perdido al adquirir otra nacionalidad. Esta interpretación literal de la expresión «emigrante» es la que fue aceptada oficialmente en la interpretación de las Leyes 51/1982, de 13 de julio y 18/1990, de 17 de diciembre (*Instrucciones de 16 de mayo de 1983 y de 20 de marzo de 1991*) y no hay motivos para defender, en la interpretación de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre que redactó el vigente artículo 26 del Código civil, una desviación de tal interpretación. Con ella, por cierto, no quedan excluidos algunos colectivos de personas que siguen necesitando para recuperar la residencia legal en España o su dispensa; así ocurre, por ejemplo, con los nietos de emigrantes y con quienes hayan perdido la nacionalidad española sin salir de España»²⁹.

De la última matización se puede observar quienes no son considerados emigrantes y necesitan para recuperar la nacionalidad española poseer residencia legal en España u obtener la dispensa³⁰. En este sentido se manifiesta la *Res. DGRN 2ª de 19 junio 1996* al afirmar que:

«La recuperación ahora intentada requiere el requisito de la residencia legal en España exigido por el actual artículo 26.1.a del Código civil. Puesto que no son emigrantes ni hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por la Ministra de Justicia 'cuando concurren circunstancias excepcionales'»³¹.

²⁹ Con el mismo criterio se pueden ver las *Res. DGRN de 6 abril, de 19 junio de 1996, de 22 enero, 2ª de 27 de febrero, 2ª de 19 abril, 1ª y 2ª de 3 de junio, de 9 julio, 5ª de 23 agosto, 1ª de 2 septiembre, de 22 y 2ª de 23 octubre, de 1 diciembre 1997, 1ª y 2ª de 11 marzo, 2ª de 3 abril, 1ª de 2 y de 3 junio, 2ª de 11 y de 18 noviembre 1998, y 2ª de 28 abril y 2ª de 25 julio 1999.*

³⁰ *Res. DGRN de 6 abril 1996.*

³¹ *Vid. Res. DGRN 2ª de 19 abril 1997* en la que se señala que: «Únicamente conviene añadir que si hipotéticamente el padre hubiera conservado la nacionalidad española cuando nació el hijo -lo normal es que la hubiera perdido en 1953, al llegar a la mayoría de edad, por aceptación voluntaria de la nacionalidad marroquí (art. 20 Cc originario)-, el hijo hubiera nacido de padre español y hubiera perdido la nacionalidad española durante su minoría de edad por dependencia familiar (art. 23-5º C.c., redacción de 1954), desde el momento en que su padre, libre del servicio militar español, hubiera perdido la nacionalidad española por su adquisición o aceptación voluntaria de la nacionalidad marroquí (art. 22 Cc, redacción de 1954). De darse este conjunto de circunstancias -que obviamente habría de probar el interesado-, podría éste recuperar la nacionalidad española al amparo del vigente artículo 26 del Código civil, si bien, por no ser emigrante ni hijo de emigrante, necesita la residencia legal en

Luego es necesaria la residencia legal para todos aquellos que si bien fueron españoles en algún momento de su vida, ellos mismos o sus padres no nacieron en territorio español³². Ahora bien, aún cuando es cierto que a los destinatarios no se les denegará la readquisición de la nacionalidad, la exigencia de un requisito como el de la residencia legal, en algunas ocasiones, está impidiendo el ejercicio de dicho derecho.

Esta afirmación es fácilmente verificable puesto que estas personas, españoles en un momento anterior, son extranjeros. Por esta razón están sometidos a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, –aplicable desde el 2 de febrero de 2000–, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³³, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre –aplicable desde el 23 de enero de 2001–³⁴.

Hasta la entrada en vigor de esta Ley estaba muy claro que para ser considerado como residente legal era necesario estar en posesión de un permiso de residencia. En concreto, el art. 29.3 de la actual Ley Orgánica de extranjería establece que: «Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente»³⁵. En la nueva ordenación no se prevé ningún trato de favor para la concesión del mismo para los extranjeros que en algún momento fueron españoles. En todo caso, no se trata de un olvido, pues en materia de acceso al trabajo el art. 41. de la Ley Orgánica 4/2000 establece que no será necesario el permiso de trabajo para «los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española»³⁶.

B) Opción prevista en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 29/1995

Los destinatarios de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 29/95 serán los hijos de padre o madre de origen español, aunque quizás puedan acceder, por haber caducado el plazo de la disposición especial-

España o la dispensa de este requisito por el Ministerio de Justicia, si es que concurren circunstancias excepcionales».

³² Esta misma postura se puede observar en las *Ress. DGRN 4ª de 2 marzo y de 23 noviembre 1998*.

³³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, –aplicable desde el 2 de febrero de 2000–, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, 12-I-2000, pp. 1139-1150; *ibid.*, 24-I-2000, p. 3065).

³⁴ Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre –aplicable desde el 23 de enero de 2001– sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, 23-XII-2000; *ibid.*, 23-II-2001, p. 3065).

³⁵ Arts. 25 y 27.2 de la LOE. Las cuestiones relativas a la obtención del visado serán reguladas en el futuro Reglamento. Los requisitos no están delimitados a salvo la necesidad de motivar la denegación de las solicitudes.

³⁶ *Vid.* P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *La Ley de Extranjería, op. cit.*, pp. 152-153.

mente prevista para ellos, los hijos de madres españolas y padre extranjero a los cuales no se les atribuyó la nacionalidad española.

Estas personas, para poder acceder a la nacionalidad española, deben acudir ante el Juez o Cónsul Encargado del Registro Civil de su domicilio y declarar en favor de la nacionalidad española. En caso de que no exista Agente Diplomático o Consular español, la declaración de opción podrá formularse en documento, debidamente autenticado, dirigido al Ministerio español de Asuntos Exteriores. Para que esta declaración surta los efectos deseados (convertirse en españoles) se deben cumplimentar una serie de requisitos.

Hay que tener presente que partimos de la base de que quien desea utilizar este mecanismo nunca ha sido español, luego, en ningún momento pudo haber gozado de la nacionalidad española. Los que hayan poseído la nacionalidad española y la hayan perdido deberán utilizar la vía de la recuperación de la nacionalidad.

Finalmente, cabe destacar que los eventuales beneficiarios no están obligados a justificar que son emigrantes o hijos de emigrantes ni que tengan la intención de retornar a España. Tampoco se les exigirá residir legalmente en España por lo que podrán hacer la declaración en el país en el que viven, aunque también pueden solicitarla desde el territorio español. En este caso no será necesario proveerse de ningún permiso de residencia. También debe resaltarse que la opción prevista en la disposición examinada no está sujeta al plazo de la opción general que impide la declaración una vez superados los dos años a contar desde el momento del cumplimiento de la mayoría de edad del solicitante. Se admite la opción de personas mayores de veinte años, pues el plazo establecido sólo impone que la declaración deba formalizarse antes del 7 de enero de 1997³⁷.

³⁷ Sobre la caducidad de esta opción puede verse la *Res. DGRN 1ª de 27 septiembre 1999* al señalar que: «La interesada, nacida en Rusia en 1954, ha optado en 1993 a la nacionalidad española, como hija de padre originariamente español y nacido en España, al amparo de lo que establecía la Disposición Transitoria 3.a de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre. Esta opción, sin embargo, no es inscribible porque no obtuvo, a pesar de haberla solicitado, la dispensa del requisito de la residencia legal en España, entonces exigido conforme a la anterior redacción del artículo 26 del Código civil. En febrero de 1996, al mismo tiempo que se le indicaba que no le había sido concedida esa dispensa, se puso en conocimiento de la interesada que el requisito de la residencia legal en España ya no se exigía para los emigrantes e hijos de emigrantes por virtud de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, así como que el derecho de opción de éstos se mantenía hasta el día 7 de enero de 1997. Puesto que, a pesar de esta comunicación, la interesada no vuelve a optar a la nacionalidad española hasta la nueva acta de fecha 30 de septiembre de 1998, es evidente que esta declaración de voluntad se ha formalizado cuando ya había caducado el derecho de opción y que, por consiguiente, tampoco puede ser inscrita». También mantienen una tesis similar las *Res. DGRN de 19 y de 26 enero 2000*. Con anterioridad, también se

1.3. Protección de los emigrantes mediante la modificación de los convenios de doble nacionalidad

En numerosas ocasiones se ha venido señalando que el sistema de doble nacionalidad convencional no beneficia ni a los españoles ni a los nacionales de aquellos países³⁸. Ahora bien, debido a que cualquier afirmación debe ser avalada por argumentos jurídicos contundentes trataré de demostrar que los dobles nacionales sometidos a los Convenios en la actualidad están o pueden estar en peores condiciones que otras personas con *status* de doble nacionalidad que nunca estuvieron sujetos a los mismos.

Para ello debemos partir de los preceptos establecidos en los Convenios de doble nacionalidad vigentes. España en la actualidad se haya vinculada por once Convenios de doble nacionalidad con los siguientes países: Chile, Perú, Paraguay, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Honduras, República Dominicana, Argentina y un Convenio de nacionalidad con Colombia³⁹.

Por ello, vamos a formularnos la siguiente pregunta: ¿beneficia el régimen de doble nacionalidad convencional a los emigrantes?. La respuesta a esta pregunta exige realizar algunas precisiones previas. Por eso analizaremos, de un lado, los requisitos para poder acogerse a dichos tratados y, de otro, cuáles son los efectos que se producen con la aplicación de los mismos.

En cuanto a los requisitos podemos señalar que las personas que eventualmente pueden beneficiarse de la doble nacionalidad convencio-

rechazaron las opciones por caducidad de la DT 1ª de la Ley 29/95 en las *Res. DGRN 2ª de 11 noviembre 1997, de 28 enero y 2ª de 9 marzo 1998*. En cambio si se declaró la validez de la declaración en virtud del mencionado precepto legal en las *Res. DGRN de 15 abril y de 17 de octubre 1997, y 2ª de 6 de mayo 1998*.

³⁸ Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Réquiem por la doble nacionalidad convencional», *Anuario Españoles en el Mundo*, Madrid, 1996, pp. 62-65.

³⁹ Convenio de doble nacionalidad con Chile de 24 de mayo de 1958 (*BOE*, 14-XI-58); complementado por el Canje de Notas de 23 de junio de 1958 (*ibid*, 14-XI-58); Convenio de doble nacionalidad entre España y Perú, de 16 de mayo de 1959 (*ibid*, 19-IV-60); Convenio de doble nacionalidad entre España y Paraguay de 25 de junio de 1959 (*ibid*, 19-IV-60); Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala de 28 de julio de 1961 (*ibid*, 10-III-62) reformado por el Protocolo de modificación que entró en vigor el día 14 de febrero de 1996 (*ibid*, 1-VII-1996); Convenio de doble nacionalidad entre España y Bolivia de 12 de octubre de 1961 (*ibid*, 14-IV-64); Convenio de doble nacionalidad entre España y Ecuador de 4 de marzo de 1964 (*ibid*, 13-I-65); Convenio de doble nacionalidad entre España y Honduras de 15 de junio de 1966 (*ibid*, 18-V-67); Convenio de doble nacionalidad entre España y la República Dominicana de 15 de marzo de 1968 (*ibid*, 8-II-69); Convenio de doble nacionalidad entre España y la República de Argentina de 14 de abril de 1969 (*ibid*, 2-X-71) y el Convenio de nacionalidad con Colombia de 27 de junio de 1979 (*ibid*, 29-XI-80).

nal tienen que cumplir algunas exigencias. El paso previo al goce de la doble nacionalidad convencional impone la obtención de la nacionalidad del otro Estado Contratante. Respecto a este requisito, los Convenios, por regla general, no establecen un procedimiento simplificado y fácil de adquisición de la nacionalidad para los nacionales de la otra Parte Contratante, salvo en el Convenio con Guatemala.

En cuanto a los efectos: el primer efecto de la doble nacionalidad convencional es que la adquisición de nacionalidad extranjera no produce la pérdida de la nacionalidad primitiva. Sin embargo, nuestro sistema convencional vigente se caracteriza fundamentalmente porque los binacionales «no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas partes contratantes». Así pues, se hace una distinción entre los dos vínculos de nacionalidad, uno es el que efectivamente puede ejercerse, el verdaderamente activo; el otro se halla en un estado latente o de hibernación que apenas tiene eficacia.

El vínculo activo es el que va a regir la totalidad de las relaciones jurídicas en las que se vea inmerso el binacional. La nacionalidad activa viene determinada o coincide con la del domicilio o con la última adquirida. Para los españoles residentes en los países iberoamericanos que se hayan acogido a uno de estos Convenios su nacionalidad activa va a coincidir con la de un país iberoamericano. La nacionalidad española está en hibernación y no recupera su plena operatividad hasta que se regrese a España y se inscriba este hecho en el Registro⁴⁰.

Esta situación choca frontalmente con la doble nacionalidad automática establecida en nuestro país con respecto a los países iberoamericanos o particularmente vinculados con España (art. 11.3 CE desarrollado en el art. 24.2 Cc y en el procedimiento especial de recuperación)⁴¹, en el que no se exige al emigrante el retorno a territorio español al no imponerse el requisito de la residencia legal en España; por otra parte, los que recuperan la nacionalidad española no necesitan renunciar a la iberoamericana por lo que también gozan de dos nacionalidades, pero en este caso ambas son operativas.

⁴⁰ La vuelta al territorio español es necesaria, como ha afirmado la DGRN ante el supuesto de un español residente en Chile acogido al Convenio hispano-chileno de doble nacionalidad que trasladó posteriormente su residencia a los EE.UU. En este caso el Centro Directivo consideró que la nacionalidad española no podía recuperar su plena efectividad, salvo renuncia previa a la nacionalidad chilena, señalando que «no es posible sin vulnerar el Convenio admitir que al doble nacional hispano-chileno le sea aplicable íntegra y directamente la legislación española, mientras el mismo no traslade su domicilio en territorio español» (*Res. DGRN de 27 febrero 1979*).

⁴¹ Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Guía de la nacionalidad española*, 2ª ed, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 135-137; *id.*, «Nuevas disposiciones en materia de recuperación de la nacionalidad española (II): Reglas especiales», *Carta España. Revista de Emigración e Inmigración*, núm. 503, marzo 1996, p. 27.

A la vista de esta contradicción existente entre los dos supuestos de doble nacionalidad el propio Centro Directivo ha propuesto la necesidad de compatibilizar ambos sistemas. La forma de poner fin a la divergencia de criterios en virtud de lo apuntado por en la *Instrucción DGRN de 16 mayo 1983* al señalar que:

«podría encontrarse a través de las consultas periódicas que los Convenios de doble nacionalidad prevén con objeto de interpretar, ampliar o modificar su contenido»⁴².

Debemos felicitarnos por la modificación del sistema de doble nacionalidad convencional iniciada por el Protocolo de Costa Rica⁴³ y continuada por los siguientes: Protocolo Adicional, entre el Reino de España y la República de Nicaragua, modificando el Convenio de doble nacionalidad de 25 de julio de 1961⁴⁴, Protocolo Adicional entre el Reino de España y la República Argentina modificando el Convenio de nacionalidad de 14 de abril de 1969, hecho en Buenos Aires el 6 de marzo de 2001⁴⁵, Segundo Protocolo Adicional al Convenio de nacionalidad de 28 de julio de 1961, suscrito entre España y Guatemala, modificado por el Protocolo de fecha 10 de febrero de 1995, hecho ad referendum en Guatemala el 19 de noviembre de 1999⁴⁶, Protocolo Adicional entre el Reino de España y la República del Paraguay modificando el Convenio de Doble Nacionalidad de 25 de junio de 1959, hecho ad referendum en Asunción el 26 de junio de 1999⁴⁷. Debemos, pues, reiterar la nece-

⁴² Vid. DÍEZ DEL CORRAL, «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», R.D.P., 1983, p. 800.

⁴³ Vid. Protocolo Adicional, entre el Reino de España y la República de Costa Rica (BOE, 12-XI-1998), que modifica el Convenio de doble nacionalidad de 8 de junio de 1964 (*ibid.*, 25-VI-65; comentado por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Españoles en Costa Rica. Revisado el Convenio de doble nacionalidad», *Carta España. Revista de Emigración e Inmigración*, núm. 537, marzo 1999, pp. 22-23).

⁴⁴ BOE, 28-I-1999. Este texto, que entró en vigor el día 18 de marzo de 1999, modifica el Convenio de doble nacionalidad entre España y Nicaragua de 25 de julio de 1961 (*ibid.*, 2-V-62). Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Españoles en Nicaragua. Revisado el Convenio de doble nacionalidad», *Carta España. Revista de Emigración e Inmigración*, núm. 540, junio 1999, p. 24; *id.*, «Modificación del Convenio de doble nacionalidad entre España y Nicaragua», *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio los Abogados de Aragón* (<http://www.reicaz.es/extranjeria/revista/001/01-003.htm>).

⁴⁵ BOE, 12-IV-2001.

⁴⁶ Este Protocolo modificativo entró en vigor el día 7 de febrero de 2001, es decir treinta días después de la fecha de la última notificación cruzada entre las Partes comunicando el cumplimiento de los respectivos requisitos legales internos (BOE, 12-IV-2001).

⁴⁷ El Protocolo modificativo entró en vigor el 1 de marzo de 2001, primer día del segundo mes siguiente al de la última notificación cruzada entre las Partes comunicando el cumplimiento de los respectivos trámites legales internos (BOE, 13-IV-2001).

sidad de la reforma de los aludidos Convenios –al igual que del resto de los Convenios de doble nacionalidad– ha sido denunciada en muchas ocasiones⁴⁸.

En la mayoría de las reformas la revisión consiste en la incorporación de dos cláusulas, estableciendo, respectivamente, que los –nacionales de ambas partes contratantes– acogidos a la doble nacionalidad convencional «podrán manifestar en cualquier momento su voluntad de desvincularse de la aplicación del Convenio» y que dicha manifestación «no implica la renuncia a la última nacionalidad adquirida»⁴⁹. El tenor literal de estas dos disposiciones induce a pensar que no se ha producido un gran cambio. Sin embargo, esta opinión debe ser rechazada pues tendrá gran transcendencia para los emigrantes de origen español acogidos al Convenio de doble nacionalidad y residentes en los países iberoamericanos. Ello se debe a que el significado de estas dos medidas, a simple vista carentes de importancia, comienza a ser relevante desde el momento en que conocemos la escasa eficacia de los Convenios de doble nacionalidad e incluso los perjuicios que se están ocasionando a los españoles acogidos a este sistema⁵⁰.

Si nos centramos específicamente en un Convenio, a modo de ejemplo en el Convenio de doble nacionalidad entre España y Nicaragua se debe examinar la situación real de los sometidos al texto –especialmente la de los emigrantes de origen español– para poder compararla con la situación futura analizando los posibles beneficios que supone la actual modificación.

El texto de 1961, ahora revisado, parte de la base de que los nacionales de origen de ambas Partes Contratantes pueden adquirir la nacionalidad de la otra Parte Contratante sin perder por ello su anterior nacionalidad (art. 1.1). Sin embargo, al no poder estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambos Estados, la realidad ha sido que la nacionalidad española, para los emigrantes de origen español, es inoperante aunque no se ha producido la pérdida.

⁴⁸ Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «La doble nacionalidad convencional: una institución en crisis», *Carta España. Revista de Emigración e Inmigración*, núm. 504, abril 1996, p. 27.

⁴⁹ Vid. R. ARROYO MONTERO, «La modificación de los Convenios sobre doble nacionalidad como instrumentos de integración (Los Protocolos adicionales a los mismos, concluidos entre España y Costa Rica de 23 de octubre de 1997 y entre España y Nicaragua de 12 de noviembre de 1997)», Comunicación presentada en las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales bajo el título «Iberoamérica ante los procesos de integración», celebradas en Cáceres los días 23 a 25 de septiembre de 1999.

⁵⁰ Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Réquiem por la doble nacionalidad convencional», *loc. cit.*, pp. 62-65.

De todas formas, la cuestión que más preocupa a los españoles sometidos al régimen convencional es la relativa a la expedición de pasaportes así como el ejercicio de derechos civiles y políticos. Ciertamente, la solución establecida en los Convenios supone que los españoles acogidos a los mismos no pueden ejercer dichos derechos u obtener el pasaporte español salvo que fijen previamente su residencia habitual en España e inscriban este cambio en el Registro Civil español. Para los españoles residentes en Nicaragua acogidos al Convenio de 1961 su nacionalidad activa coincide con la del país iberoamericano, pues ésta se determina por el domicilio, entendiéndose que se ha adquirido el domicilio en el país en el que se haya inscrito la adquisición de la nacionalidad (art. 4). Por esto, a los españoles sujetos al texto convencional no se les expide el pasaporte español –aunque teóricamente son españoles– por lo que al acceder al territorio español están siendo considerados en frontera como extranjeros.

Por todo lo expuesto, es fácil concluir que el texto de 1961 no beneficia a los españoles que se acogieron al mismo, ya que éstos se encuentran en desventaja con los españoles que adquirieron la nacionalidad de Nicaragua después de la entrada en vigor de la Constitución. En ambos casos, esos españoles no han perdido la nacionalidad española, pero los acogidos al Convenio no la pueden usar mientras residan en Nicaragua; en cambio, los segundos pueden ser documentados como españoles aún estando domiciliados en el país iberoamericano.

A la vista de esta contradicción, el Ministerio de Asuntos Exteriores, siguiendo una recomendación dada por el Ministerio de Justicia en 1983 (*Instrucción DGRN de 16 mayo 1983*) y haciendo uso de la cláusula prevista en el artículo 8 del Convenio, que permite estipular de común acuerdo las modificaciones y adiciones convenientes, procedió a la firma del Protocolo Adicional.

La entrada en vigor del nuevo Protocolo –el día 18 de marzo de 1999– no implica un cambio en el texto convencional. Las reglas van a seguir siendo las mismas. Ahora bien, para los emigrantes españoles residentes en Nicaragua va a suponer una importante modificación desde el momento en que pueden solicitar la desvinculación del Convenio. Para ello deben acudir al Encargado del Registro Civil de su domicilio –al tratarse, generalmente, de españoles residentes en el extranjero se presentarán ante el Cónsul español acreditado en el lugar de su residencia–, para manifestar su deseo de dejar de estar acogidos al Convenio, sin perder por ello una de las dos nacionalidades, normalmente de la española, como sucedía antes de la modificación. Permitiendo, el nuevo texto reformado la desvinculación sin que ello suponga la renuncia a la nacionalidad adquirida en último lugar. Esto significa que los españoles sometidos antes al Convenio hispano-nicaragüense que hagan dicha

manifestación van gozar de la nacionalidad española plenamente operativa sin tener que salir de Nicaragua. En el día a día se va a traducir en la posibilidad de tener documentación española –pasaporte, DNI, etc.– y poder ejercer su derecho de sufragio como españoles aunque vivan en el extranjero.

Al fin, los españoles en Nicaragua acogidos al Convenio de doble nacionalidad –al igual que los españoles en Costa Rica– pueden gozar de la doble nacionalidad establecida en el régimen interno español (art. 11.3 CE y arts. 24.2 y 26.2 Cc), que se traduce en la tenencia de la nacionalidad española plenamente operativa, siempre que soliciten la desvinculación del Convenio.

Siguiendo la línea marcada se han iniciado los procesos previos de modificación con los siguientes países: Protocolo Adicional al Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia modificando el Convenio de doble nacionalidad de 27 de junio de 1979, hecho en Bogotá el 14 de septiembre de 1998⁵¹, Protocolo Adicional entre el Reino de España y la República del Ecuador, que modifica el Convenio de doble nacionalidad de 4 de marzo de 1964, hecho en Quito el 30 de junio de 1999⁵², Protocolo Adicional entre el Reino de España y la República de Honduras modificando el Tratado de doble nacionalidad entre de 15 de junio de 1966, hecho en Tegucigalpa el 13 de diciembre de 1999⁵³.

Esperemos que en un futuro inmediato se inicien o sigan adelante las revisiones del resto de los Convenios que vinculan a España. De este modo, con medidas similares y coetáneas a los Convenios con Costa Rica y con Nicaragua, se propuso la reforma del Convenio con Chile –que quedó paralizado– y actualmente se ha iniciado la propuesta de cambio para el Convenio con Ecuador⁵⁴. También, aunque con cláusulas un poco diferentes motivadas por el propio texto a reformar, en un proceso avanzado se haya el Convenio con Colombia⁵⁵. También trami-

⁵¹ BOCG, *Sección Cortes Generales*, VI Legislatura, Serie A, núm. 317-1, de 12 de abril de 1999, pp. 1-2. El proceso de autorización para la ratificación concluyó el 25 de junio de 1999.

⁵² BOCG, *Sección Cortes Generales*, VII Legislatura, Serie A, núm. 43, de 27 de julio de 2000, pp. 1-2. El proceso de autorización para manifestar el consentimiento en obligarse finalizó el 20 de noviembre de 2000.

⁵³ BOCG, *Sección Cortes Generales*, VII Legislatura, Serie A, núm. 42, de 27 de julio de 2000, pp. 1-2. El proceso de autorización para manifestar el consentimiento en obligarse finalizó el 20 de noviembre de 2000.

⁵⁴ *Vid.* Protocolo Adicional entre la República del Ecuador y el Reino de España, que modifica el Convenio de doble nacionalidad de 4 de marzo de 1964, hecho en Quito el 30 de junio de 1999 (BOCG, *Sección Cortes Generales*, VI Legislatura, Serie A, núm. 381-1, de 11 de octubre de 1999, pp. 1-2).

⁵⁵ *Vid.* Protocolo Adicional al Convenio entre el Reino de España y la República de Colombia modificando el Convenio de doble nacionalidad de 27 de junio de

tados, pero no publicados: Se han firmado pero aún no han entrado en vigor: Ecuador, Honduras. Desconociendo, por el momento, si las autoridades españolas han iniciado ya las negociaciones para modificar el resto de los Convenios de doble nacionalidad.

Esperemos también que las modificaciones llevadas a cabo por vía diplomática, –en virtud del Protocolo Adicional con Costa Rica al igual que el Protocolo con Nicaragua, Protocolo con Argentina, Protocolo con Paraguay, Protocolo con Guatemala–, sean seguidas por las autoridades españolas y que en los próximos años nuestros emigrantes en países iberoamericanos puedan gozar de la nacionalidad española sin ningún tipo de limitación. Sin embargo, estas consultas no se han efectuado hasta el momento, por tanto, mientras no se produzca una unificación de criterios, para que al menos los españoles acogidos a los mismos no se vean perjudicados, es necesario la aportación de soluciones desde la vía interna.

¿Cómo pueden obtener dos nacionalidades plenamente efectivas los españoles de origen residentes en los países iberoamericanos estando acogidos a un Convenio de doble nacionalidad? Ciertamente, la solución podría venir dada por dos vías diferentes: la primera, la óptima, sería que se diese una respuesta por parte de las autoridades españolas para eliminar una posible vulneración del art. 14 de la CE. La segunda, a nivel individual, al menos desde una postura teórica, se podría renunciar a los beneficios del Convenio lo que provocaría la pérdida de la nacionalidad española y, simultáneamente, solicitar la recuperación de dicha nacionalidad. Desde luego, se puede llegar a pensar que la solución es excesivamente compleja y que esas personas no gozarían de la doble nacionalidad. Entiendo y no comparto la necesidad de tener que acudir a una vía tan extraña, pero mediante esta fórmula se puede gozar de un supuesto de doble nacionalidad con operatividad de la nacionalidad española, que se puede obtener sin necesidad de volver a España. Ello debido a que si se solicita la salida del Convenio se pierde la nacionalidad española. Al haber perdido la nacionalidad española se puede pedir la recuperación. El proceso de recuperación actualmente recogido en el art. 26 del Cc no exige a los emigrantes de origen español residentes en los países iberoamericanos ni el retorno a España ni la renuncia a la nacionalidad anterior. De esta forma un tanto rocambolesca se puede llegar a gozar de las dos nacionalidades y, en todo caso, la española no estará en una situación de inoperatividad.

Esperemos que la primera vía prospere para evitar que nuestras autoridades consulares, acreditadas en los países iberoamericanos con los

1979, hecho en Bogotá el 14 de septiembre de 1998 (BOCG, Sección Cortes Generales, VI Legislatura, Serie A, núm. 317-1, de 12 de abril de 1999, pp. 1-2). El texto final fue aprobado en el Senado el día 25 de junio de 1999.)

que nos obligan los tratados mencionados, no se vean abrumadas por una solicitud masiva de renuncias a los Convenios y simultánea tramitación de la recuperación española por el régimen especialmente previsto para los emigrantes.

2. Los emigrantes y sus familiares en la futura regulación de la nacionalidad

2.1. Múltiples intentos de reforma

La reciente presentación de dos Proposiciones de Ley, para modificar el Código Civil en materia de nacionalidad, nos permite escribir unas líneas sobre su contenido y la necesidad o no de esta nueva reforma y también reflexionar sobre el hecho de si nuestro legislador sabe realmente cuáles son los principios que guían o que deben guiar el futuro inmediato del Derecho español de la nacionalidad.

Por ello, vamos a centrarnos en el texto de la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 20 de febrero de 2001⁵⁶ y en el de la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 12 de marzo de 2001⁵⁷ para ver si al menos los dos Grupos Parlamentarios mayoritarios de las Cortes Generales tienen puntos en común sobre el estatuto de los emigrantes de origen español y sus familiares, aspectos fundamentales de la reforma española de la nacionalidad.

En los últimos años, en concreto, desde la entrada en vigor de la Constitución, por necesidad de desarrollar el art. 11 de nuestra Carta Magna junto con el art. 42, se han llevado a cabo varias modificaciones en esta materia. Baste recordar la Ley 51/1982, la Ley 18/1990, Ley 15/1993 y la Ley 29/1995⁵⁸. Ahora bien, de haber prosperado alguna de las propuestas de reforma ya tendríamos que haber estudiado algún que otro cambio legislativo⁵⁹. Desde principios de mil novecientos noventa

⁵⁶ BOCCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 115-1, de 9 de marzo de 2001, pp. 1-4.

⁵⁷ BOCCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 122-1, de 16 de marzo de 2001, pp. 1-4.

⁵⁸ Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Guía de la nacionalidad española*, 2ª ed, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996; P. Juárez Pérez, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Uned/Marcial Pons, 1998.

⁵⁹ Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Movimientos migratorios y derecho de la nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y a las propuestas de

y seis hasta la actualidad –dejando a un lado las dos proposiciones objeto de estudio– se han realizado las siguientes seis propuestas:

1. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, por la que se modifica el Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad, de 22 de mayo de 1996⁶⁰.
2. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad, de 22 de octubre de 1996⁶¹.
3. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, por la que se modifica el Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad de 27 de noviembre de 1998⁶².
4. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 10 de febrero de 1999⁶³.
5. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular, por la que se modifica el art. 20 del Código Civil en materia de nacionalidad de 27 de abril de 1999⁶⁴.
6. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 5 de abril de 2000⁶⁵.

También en el Senado esta materia ha sido objeto de debate al hacerse eco de un problema que están sufriendo algunas mujeres de origen

reforma», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. II, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 107-178.

⁶⁰ BOCG, *Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, núm. 30-1, de 31 de mayo de 1996, pp. 1-3). Dicha Proposición fue discutida y rechazada en el Pleno del Congreso de los Diputados el día 10 de diciembre de 1996.

⁶¹ BOCG, *Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, núm. 63-1, de 8 de noviembre de 1996, pp. 1-4). Dicha Proposición fue discutida y rechazada en el Pleno del Congreso el día 10 diciembre de 1996.

⁶² BOCG, *Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, núm. 261-1, de 7 de diciembre de 1998, pp. 1-3). Dicha propuesta fue rechazada en el Pleno del Congreso de los Diputados el 14 diciembre de 1999.

⁶³ BOCG, *Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, núm. 278-1, de 22 de febrero de 1999, pp. 1-4). Dicha propuesta fue rechazada en el Pleno del Congreso el 14 diciembre de 1999.

⁶⁴ BOCG, *Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, núm. 303-1, de 10 de mayo de 1999, pp. 1-2.

⁶⁵ BOCG, *Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, núm. 7-1, de 24 de abril de 2000, pp. 1-4). Dicha propuesta fue rechazada en el Pleno del Congreso de 20 de junio de 2000.

español residentes en Oriente Medio⁶⁶. Junto con estas propuestas también debemos hacer hincapié en ciertos compromisos adquiridos: de un lado, la recomendación contenida en el informe de 27 de febrero de 1998 elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero⁶⁷; y, por otro, la exigencia contenida en el punto seis de la moción presentada por el Grupo Mixto, sobre medidas para mejorar, jurídica y económicamente, la situación de los emigrantes españoles, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 17 de octubre de 2000. En definitiva, se da cumplimiento a las peticiones hechas por el Consejo General de la Emigración en los últimos tres años.

Dejando a un lado, el hecho de que en nuestra opinión probablemente este no sea la mejor forma de plantear la reforma; pues partimos de la base de la conveniencia de proceder a una revisión global no parcheada lo cual exigiría partir de un Proyecto de Ley de reforma del Derecho español de la nacionalidad bajo los auspicios del Ministerio de Justicia propiciando una regulación completa fuera del Código Civil⁶⁸ en la que se tuviera en cuenta especialmente el Convenio del Consejo de Europa sobre nacionalidad de 6 de noviembre de 1997⁶⁹. En todo caso

⁶⁶ Moción ante el Pleno del Senado presentada el 16 de octubre de 2000 por el Grupo Parlamentario Socialista por la que se insta al Gobierno a la adopción de determinadas medidas en relación con las personas inscritas en el Registro Consular de Jordania que puedan haber perdido o no adquirido la nacionalidad española por la aplicación de diversas leyes que sucesivamente han regulado la materia, así como a averiguar la existencia de otros casos similares en Oriente Medio. Dicha moción fue aprobada por asentimiento de la Cámara con la modificación introducida por la Enmiendas del Grupo Popular, en el Pleno del Senado de 24 de octubre de 2000.

⁶⁷ Informe presentado por la Subcomisión para estudiar la situación de los españoles que viven fuera, así como la de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país; conocer a fondo sus necesidades y reivindicaciones prioritarias; proponer las medidas –legales y sociales– que sea conveniente adoptar para conseguir solucionar los problemas existentes, incluye la modificación de la Ley de Extranjería (Vid. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. COMISION DE POLITICA SOCIAL Y EMPLEO: *Situación de los españoles que viven fuera y de los inmigrantes y refugiados que han llegado a España. Informe de la Comisión de Política Social y Empleo*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1999).

⁶⁸ Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, sobre la adopción de medidas para facilitar la obtención o recuperación de la nacionalidad española de los emigrantes españoles y sus descendientes, así como la supresión de visado para los descendientes de emigrantes españoles que carezcan de la nacionalidad española y que quieran residir y trabajar en el Estado español (Número de Expediente 161/000434). El punto núm. 1 de dicha propuesta fue aceptado por unanimidad; el resto de los puntos fueron rechazados en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados el día 7 de marzo de 2001.

⁶⁹ El Comité de Ministros adoptó el Convenio europeo sobre nacionalidad documento firmado por los Estados miembros el 6 de noviembre de 1997, que ha

debemos pensar sobre los pilares que guían la modificación de las dos proposiciones presentadas por los dos Grupos Parlamentarios mayoritarios para poder indagar sobre los datos o puntos en común y los puntos diferenciados que puedan ser válidos. Por ello vamos a analizar a continuación las proposiciones atendiendo a la eventual incorporación de la protección de los emigrantes y sus familiares. Finalmente, procederemos a una valoración global de ambas apuntando el eventual intercambio de puntos para proceder a una mejor legislación para el momento actual dadas las características de la sociedad española de principios del siglo XXI.

2.2. Protección de los emigrantes en la proyectada reforma del Derecho español de la nacionalidad

A) Principios inspiradores de las dos nuevas proposiciones aún no debatidas

Dos son las propuestas aún no examinadas, pero que pueden provocar la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad a lo largo del otoño de 2001. Nos referimos a la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el código civil en materia de nacionalidad de 20 de febrero de 2001; y, la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, por la que se modifica el Código civil en materia de nacionalidad de 12 de marzo de 2001.

En la última de estas Proposiciones los principios que inspiran la reforma en su mayor parte intentan reparar lo dar solución a los perjuicios ocasionados en el pasado. Este hilo conductor parece guiar la reforma de los arts. 20, 24 y 26 del Código Civil. ¿Qué subyace en el fondo? Las tres disposiciones presentan el mismo hilo conductor aunque aparentemente no sea nítido. De un lado, con la incorporación de un nuevo párrafo al art. 20 se propone como regla general y no como disposición transitoria la eventual posibilidad de que los hijos de personas origina-

entrado en vigor el día 1 de marzo de 2000, una vez que producidas las tres ratificaciones exigidas para ello según lo establecido en el art. 27.2. El mencionado Convenio ha sido firmado por veinte países: Albania, Austria, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Macedonia, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia y Suecia; y ha sido ratificado por Austria, Eslovaquia y Moldavia (Vid. <http://www.coe.fr/tablconv/166t.htm>). El texto mantiene la siguiente estructura: Preámbulo y treinta y dos artículos distribuidos en diez capítulos y en el Capítulo V se regula la nacionalidad múltiple (arts. 14 a 17). Sobre el Convenio Vid. G-R. De Groot, «The European Convention on Nationality: a step towards a *ius commune* in the field of nationality law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, 2000, pp. 117-157.

riamente españolas y nacidos en España, sin ningún límite de edad, puedan ser españoles antes incluso de volver a España. Las otras dos disposiciones, las incorporadas en los arts. 24 y 26 nos llevan a la resurrección de la doble nacionalidad por razón de emigración prevista en la Ley 51/1982 enterrada por la entrada en vigor de la Ley 18/1990. Además, en el párrafo 4 del art. 24 se prevé la reencarnación del viejo art. 26, en la redacción originaria del Cc, dando lugar a otro supuesto de doble nacionalidad.

A nadie se le oculta que el Ordenamiento español de la nacionalidad ha sido injusto con sus nacionales residentes en el extranjero. El mantenimiento del *ius sanguinis* ha sido una falacia, pues ha sido rara la perpetuación de la nacionalidad española para los nacidos en el extranjero de progenitores españoles; es más incluso se ha negado el pasaporte español a los acogidos a Convenios de doble nacionalidad, por lo que emigrantes con doble nacionalidad convencional son tratados en frontera como extranjeros, debiendo someterse a la legislación general de extranjería para poder viajar tanto de turismo como en caso de pretender instalarse en España. Partiendo de este hecho, ¿es lógico que en la reforma se vuelva sobre la fórmula de eliminar los perjuicios causados?. La respuesta debe ser contundentemente afirmativa.

A la hora de analizar de las fórmulas a utilizar debemos interrogarnos acerca de cómo se puede proceder a esta reparación. Para ello debemos, en primer lugar, delimitar quiénes han sido los más perjudicados. Estas personas, sinceramente creo, son los hijos y nietos de los emigrantes de origen español. ¿Por qué?. Pues, realmente los emigrantes y los hijos de éstos nacidos en territorio español tuvieron una oportunidad desde agosto de 1982 hasta enero de 1991 de conseguir una doble nacionalidad. Con la entrada en vigor de la Ley 18/1990 fueron olvidados los emigrantes; y, la protección se fijó en algunos de sus descendientes al incorporar una Disposición Transitoria a través de la cual se podía optar a la nacionalidad española pero que imponía la tramitación de la dispensa de residencia legal en España. Por ello los destinatarios fueron pocos y tampoco tuvo oportunidad de reparar el daño causado. Finalmente, con la reforma llevada a cabo por la Ley 29/1995 por fin se da una disposición transitoria que han utilizado algunos más con menos problemas.

B) *Emigrantes y familiares*

a) *Emigrantes*

Hoy en la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 12 de marzo de 2001 se preocupa bastante de los emi-

grantes incluso más que de sus hijos o de los nietos. Ciertamente, en materia de pérdida y de recuperación de la nacionalidad volvemos a los casos de doble nacionalidad que se recogieron en la Ley 51/1982.

En concreto, se va a establecer una doble nacionalidad por razón de emigración tanto en los párrafos 1 y 2 del art. 24 como en el art. 26. El primero de estos preceptos prevé la posibilidad de adquirir una nacionalidad extranjera sin pérdida de la española si el interesado realiza una declaración de voluntad de mantener la española dentro de los tres años siguientes a la adquisición de la nacionalidad española o desde la emancipación, al señalar expresamente que:

«Art. 24. 1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación.

2. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de Conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen».

El segundo de los mencionados preceptos (art. 26 Cc) prevé la posibilidad de recuperar la nacionalidad española sin que tenga que renunciar a la nacionalidad extranjera. En este sentido, el propuesto art. 26 establece que:

«Art. 26.1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:

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

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

c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil».

Desde nuestro punto de vista la mejor regulación para los emigrantes debería obviar una norma especial para ellos, es decir que nos parece que es preferible instaurar una norma con carácter general que disponga o desarrolle el párrafo 3º in fine del art. 11 CE. En este caso, nos parece razonable establecer que el español que adquiera otra nacionalidad sólo pierde la española si se renuncia expresamente a la española. Y en el su-

puesto de la recuperación de la nacionalidad española no se debería exigir la residencia legal en ningún supuesto, por lo que se debería concertar con carácter general la recuperación por mera declaración de querer volver a ser español y la inscripción en el Registro Civil.

En ambos casos se produce el mismo resultado que el propuesto por el Grupo Parlamentario Popular: un supuesto de doble nacionalidad. Ahora bien si el resultado es el mismo ¿por qué motivo sugerimos otra vía distinta?. Ciertamente, el resultado es el mismo por tanto puede aprobarse como está y los perjuicios se eliminan o se reparan. El eventual rechazo de la vía propuesta no es baladí sino que tiene claro que no es innovadora sino que tiene un precedente en la Ley 51/1982. Si nos fijamos en la anterior regulación se puede afirmar que la doble nacionalidad por razón de emigración -vigente durante ocho años y cuatro meses- no resolvió satisfactoriamente el tema.

No seríamos justos si no se mencionase que en este momento se propone algo parcialmente diferente que puede dar a un cambio en el resultado pero que puede ser insuficiente y generar ciertos problemas que con nuestra alternativa no surgirían. Me voy a tratar de explicar, en el caso del español que adquiera la nacionalidad extranjera no pierde su nacionalidad de origen si dentro del plazo de tres años declara que quiere mantener la española genera un supuesto de doble nacionalidad. Ahora bien, si no conoce esta norma o no hace la declaración dentro de ese plazo pierde la nacionalidad española.

En cambio, con nuestra propuesta, el español que adquiere nacionalidad extranjera se convierte en doble nacional automáticamente, pero nunca se le impondrá el mantenimiento de la nacionalidad española ya que puede renunciar a la española cuando quiera. Se trata de generalizar el supuesto especial previsto para los españoles que adquieren la nacionalidad de un país iberoamericano, Filipinas, Guinea, Andorra o Portugal. ¿Por qué los emigrantes españoles en otros países no tienen los mismos beneficios? Un español en Alemania o en EEUU, según nuestra futura legislación en materia de nacionalidad, tiene que ser más diligente que un español en Filipinas o en Portugal. Bueno, si se acepta la propuesta del Grupo Socialista todos los residentes en la Unión Europea vendría también beneficiados.

Si en debate relativo a la toma en consideración de las propuestas, por las fuerzas políticas existentes se decantaran a favor de la propuesta del Grupo Popular creo que deberían ser tomadas en consideración ciertas cuestiones. Para reparar los perjuicios ocasionados en el pasado deberíamos recordar tanto a las mujeres de origen español como a los emigrantes y sus familiares.

También hay que pensar en los emigrantes, para ello nos parecería mejor la adquisición de nacionalidad extranjera sin pérdida de la nacio-

nalidad española y la recuperación sin necesidad de residencia en España, para que el resultado de doble nacionalidad se lograra. En todo caso, si se aprueba el texto propuesto de no pérdida siempre que el interesado declare dentro de los tres años siguientes a la adquisición o a la emancipación su deseo de mantener la nacionalidad española para este caso será muy necesario un proceso de información en consulados y a través de las asociaciones de emigrantes en el extranjero, pues de otra forma se va a producir una privación de nacionalidad española por ausencia de conocimiento de las consecuencias.

b) Descendientes

Los descendientes de los emigrantes españoles han sido contemplados en dos supuestos regulados en el art. 24 y además en el art. 20 Cc.

El primero de estos preceptos prevé la posibilidad de mantener la nacionalidad española junto con una extranjera impuesta u obtenida con anterioridad a la emancipación y se realiza una declaración de voluntad de mantener la española dentro de los tres años siguientes a la emancipación. En este sentido, los párrafos 1 y 2 del art. 24 establecen expresamente que:

«Art. 24. 1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación.

2. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de Conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen».

El segundo de los preceptos mencionados supone una reencarnación del art. 26 del Cc en la versión originaria al disponer que:

«Art. 24. 4. El español nacido en el extranjero de padres también nacidos en el extranjero perderá la nacionalidad española si no declara su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años a contar desde su mayoría de edad o emancipación».

Ahora bien, en cuanto a los descendientes de los emigrantes, el art. 20 Cc es favorable a la concesión de la nacionalidad española mediante una declaración de opción que tiene como beneficiarios únicamente a los descendientes de progenitores de origen español que hubiesen nacido en España.

«Art. 20. 1. Tienen derecho optar por la nacionalidad española:

b) Aquéllas personas cuyo padre o madre hubieran sido originariamente españoles y nacidos en España».

Lo cierto es que debería ampliarse el supuesto. Es más si se piensa pausadamente estamos generando una diferenciación entre los hijos de antiguos españoles según que éstos hubiesen o no nacido en España. El español que nació en España y luego perdió la nacionalidad sus hijos pueden optar; ahora bien el español que nació en el extranjero no puede transmitir ese derecho a sus hijos. Es decir que los descendientes de los emigrantes de origen español van a recibir un trato diferenciado según el lugar de nacimiento de los progenitores.

Por otra parte, no debería olvidarse el tema de la opción para los hijos de los que han recuperado la nacionalidad española, también es una cuestión de reparar la injusticia. En este sentido, la propuesta socialista como tenor literal del art. 19.2 in fine al disponer que:

«Art. 19.2. También podrá optar por la nacionalidad española de origen el hijo mayor de edad de quien haya recuperado la nacionalidad española, en el plazo de dos años desde la inscripción en el Registro Civil de dicha recuperación».

Otra cuestión que nos puede preocupar, aunque quizás no se haya reparado, es la de la eventual pérdida por sanción. Es decir, una vez obtenida la nacionalidad española por opción habrá que averiguar si es de aplicación la causa de pérdida prevista en el art. 25.1.a). Este precepto establece que:

«Art. 25. 1. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: a) Cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española».

Ciertamente para los progenitores, los emigrantes se les otorga la posibilidad de tener dos nacionalidades, pero en relación a los descendientes parece clara la perpetuación de la nacionalidad única, pues se exige la renuncia a la nacionalidad extranjera; e incluso, parece que si esta renuncia fuese meramente formal se puede privar de la nacionalidad española.

3. Conclusiones

En el Ordenamiento español deben modificarse los principios actualmente vigentes. Ahora bien, el cambio exige reflexión –meditación– pues las actuales normas de nacionalidad no cumplen la finalidad de proteger a los emigrantes y a sus descendientes no es demasiado clara. Es posible superar algunas de las deficiencias actuales con medidas que prácticamente no implican verdaderos cambios legislativos.

Es preciso regular con claridad la pérdida de la nacionalidad. Desde luego, si se adquiere la nacionalidad de otro Estado por razón de emigración no se puede pensar que estemos ante una adquisición voluntaria que implique la pérdida de la española. En el caso de que ya se haya producido la pérdida, se debe establecer un procedimiento de recuperación que no les exija vivir en España como extranjeros puesto que gozan de un derecho subjetivo a ser españoles. Se debe establecer una institución que exija sólo una declaración e inscripción en el Registro. Por tanto, eliminación de la residencia legal en España y de la renuncia a la nacionalidad anterior.

Esto realmente se puede lograr por dos vías regulando con carácter general o especificando el tema para los emigrantes. Soy partidaria de la primera opción, pues entre menos especialidades mejor se pueden regular las reglas generales. Todos los españoles que quieran dejar de serlo teniendo otra nacionalidad sólo la perderán si renuncian expresamente a la nacionalidad española ante las autoridades españolas. En ausencia de esa declaración se mantiene la nacionalidad española. Esta es la regla para los casos de ciertos países ¿no se puede generalizar?. En principio no existe ningún inconveniente en instaurar la doble nacionalidad como vehículo de protección de los movimientos migratorios. Se debe añadir que es la regla para la protección de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 11.3 *in fine* de la CE) y se tolera en el ámbito del Consejo de Europa (Convenio de 7 noviembre de 1997). 

Anexo bibliográfico

1. Monografías

- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *La Ley de Extranjería*, zaragoza, Real e Ilustre Colegio de Abogados, 2000.
- : *Addenda. Ley de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova en colaboración con Real e Ilustre Colegio de Abogados, 2001.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990.
- : *Guía de la nacionalidad española*, 1ª, ed., Madrid, Dirección General de Migraciones, 1992, 62 pp; 2ª ed, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, 237 pp.
- AZNAR SÁNCHEZ, J.: *La doble nacionalidad*, Madrid, Montecorvo, 1977.
- DÍAZ GARCÍA, N.: *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1991.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1983.
- ESPINAR VICENTE, J. M^a.: *Derecho internacional privado. La nacionalidad*, 2ª Ed., Granada, TAT, 1988.
- ESPINAR VICENTE, J. M^a. y PÉREZ MARTÍN, E.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1994.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993.
- JUÁREZ PÉREZ, P.: *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Uned/Marcial Pons, 1998.
- LETE DEL RÍO, J. M.: *La nueva regulación de la nacionalidad*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1991.
- PRIETO CASTRO y ROUMIER, F.: *La nacionalidad múltiple*, Madrid, C.S.I.C., Francisco de Victoria, 1962.
- RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: *Manual práctico sobre nacionalidad. Normativa, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Formularios*, Granada, Comares, 1996.

2. Artículos

- ABARCA JUNCO, P. y PÉREZ VERA, E.: «Derecho de la nacionalidad», PEREZ VERA, E. (dir.): *Derecho internacional privado*, vol. I, 1ª ed., Madrid, Uned, 1998, pp. 181-236.
- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Comentarios a los arts. 25 a 35», *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (Coord. CAMPO CABAL, J. M.), Cívitas, Madrid, 2001, pp. 183-265.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Binacionalidad en el Ordenamiento español y su repercusión en la Unión Europea», *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994, pp. 27-120.
- : «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 11-135.
- : «Los nacionales de los países iberoamericanos ante el Ordenamiento jurídico español: eventual acceso y permanencia en la Unión Europea», *La frontera, Mito y realidad del nuevo mundo, Curso Literatura y Cultura Americana-1993*, León, Centro de Publicaciones de la Universidad, 1994, pp. 363-389.

- : «Réquiem por la doble nacionalidad convencional», *Anuario Españoles en el Mundo*, Madrid, 1996, pp. 62-65.
- : «Modificación del Convenio de doble nacionalidad entre España y Nicaragua», *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio los Abogados de Aragón* (<http://www.reicaz.es/extranjeria/revista/001/01-003.htm>).
- : «Movimientos migratorios y derecho de la nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y a las propuestas de reforma», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. II, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 107-178.
- AMORES CONRADI, M. A.: «Pérdida/conservación de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (argentina)», *CCJC*, núm. 17, 1988, pp. 437-444.
- ARROYO MONTERO, R.: «La modificación de los Convenios sobre doble nacionalidad como instrumentos de integración (Los Protocolos adicionales a los mismos, concluidos entre España y Costa Rica de 23 de octubre de 1997 y entre España y Nicaragua de 12 de noviembre de 1997)», Comunicación presentada en las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales bajo el título «Iberoamérica ante los procesos de integración», celebradas en Cáceres los días 23 a 25 de septiembre de 1999.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A.: «Evolución de la normativa en materia de nacionalidad. La reforma del sistema vigente», *Itinera, Anales de la Fundación Paulino Torras Domènech*, 1989-1990, pp. 58-64.
- BOUZA VIDAL, N.: «El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad. Comentario a la *Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992*, en el caso Micheletti c. Delegación del Gobierno de Cantabria (As. C 369/90)», *R.I.E.*, vol. XX, 1993, pp. 563-581.
- BURDIÉL HERNÁNDEZ, J.: «Nuevas perspectivas en la recuperación de la nacionalidad española», *Anuario Españoles en el Mundo*, Madrid, 1996, pp. 74-82.
- CADARSO PALAU, J.: «Comentario al artículo 26 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, (coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Madrid, Tecnos, 1993, pp. 820-828.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Dual nationality and Community law: the Micheletti case», *Immigration and Nationality*, vol. 8, 1994, pp. 7-12.
- : «Sistema español de nacionalidad», F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de Asuntos Sociales, 1996, pp. 191-232.
- CASTRO BRAVO, F.: «La doble nacionalidad», *R.E.D.I.*, vol. I, 1948, pp. 77-107.
- : «La doble nacionalidad», *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, vol. I, Madrid, 1951, pp. 340-367.
- : «La nationalité, la double nationalité et la supranationalité». *R. des C.*, t. 102, 1961-I, pp. 521-632.
- DEL MOLINO y NÚÑEZ, M^a. C.: «La nacionalidad y la emigración», *R.D.P.*, 1992, pp. 432-450.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: «Comentario a los artículos 23 a 26 del Código civil y a la Disposición Transitoria de la Ley 51/82», *Comentarios a las Reformas de la nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 133-166.
- ESPINAR VICENTE, J. M^a.: «La Proposición de Ley de reforma del Código civil en materia de nacionalidad», *La Ley. Revista semanal de legislación*, núm. 10, febrero 1989, pp. 65-73.
- : «Aproximación crítica a la Proposición de Ley de reforma del Derecho de la nacionalidad», *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 8/9, septiembre 1990, pp. 70-76.

- : «La resolución de conflictos de nacionalidad en el Derecho comunitario», *LEY, supl. Comunidades Europeas*, 28 enero 1994, pp. 1-5.
- : «Nacionalidad», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, Cívitas, 1995, pp. 4379-4385.
- ESPINAR VICENTE, J. M^a. y RUIZ ENRÍQUEZ, C.: «Algunas consideraciones en torno al Derecho español de la nacionalidad», *BIMJ*, núm. 1484, 1987, pp. 997-1006.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: «La reforma del derecho español de la nacionalidad», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1983*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1984, pp. 136-233.
- : «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983 de la D.G.R.N. sobre nacionalidad española», *A.D.C.*, t. XXXV, 1983, pp. 1299-1319.
- : «Limitaciones a la pérdida de la nacionalidad española y desarrollo del derecho al cambio de nacionalidad», *Anuario Españoles en el Mundo*, Madrid, 1996, pp. 66-73.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Le droit espagnol de la nationalité», NASCIMBENE, BR., *Nationality Laws in the European Union. Le Droit de la Nationalité dans l'Union Européenne*, Milán, Giuffrè/Butterworth, 1996, pp. 207-261.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y RODRÍGUEZ MATEOS, P.: «Comentario al art. 9.9 Cc», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), t. I, vol. 2, 2^a ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 392-428.
- GARCÍA RUBIO, M^a. P.: «La doble nacionalidad en el ordenamiento jurídico español», *R.D.P.*, septiembre 1994, pp. 731-753.
- GAYA SICILIA, R.: «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 12 enero 1987», *CCJC*, núm. 14, 1987, pp. 4518-4531.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a las Disposiciones Transitorias de la Ley 18/90, de 17 de diciembre», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, (coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Madrid, Tecnos, 1993, pp. 846-894.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: «Reflexiones sobre la doble nacionalidad. Consecuencias en la Emigración española», *Emigración y Constitución*, Guadalajara, I.E.E., 1983, pp. 91-102.
- HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: «La pérdida voluntaria de la nacionalidad española: breve examen del artículo 24 del Código Civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, pp. 343-364.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: «Doble nacionalidad y Derecho comunitario: a propósito del Asunto C-369/90, Micheletti, Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 953-967.
- JUÁREZ PÉREZ, P.: «La modificación del artículo 26 del Código Civil por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre», *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 506-509.
- : «La modificación del artículo 26 del Código Civil por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre», *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núms. 10-11, 1996, pp. 309-330.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «La doble nacionalidad». Academia Matritense del Notariado, *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, vol. II, Jaén, Edersa, 1977, pp. 83-114.
- MARÍN LÓPEZ, A.: «La doble nacionalidad en los Tratados suscritos por España con las Repúblicas Americanas», *A.D.I.*, vol. VI, 1982, pp. 219-231.
- MIAJA DE LA MUELA, A.: «El Convenio hispano-chileno de doble nacionalidad, de 24 de mayo de 1958», *Política internacional*, 1960, pp. 85-108.
- : «Los Convenios de doble nacionalidad entre España y algunas Repúblicas americanas», *R.E.D.I.*, vol. XIX, 1966, pp. 381-410.

- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «De los españoles y extranjeros», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), t. I, vol. 3, Madrid, Edersa, 1993, pp. 1-760.
- PÉREZ VERA, E.: «El sistema español de doble nacionalidad ante la futura adhesión de España a las Comunidades Europeas», *R.I.E.*, vol. 8, 1981, pp. 685-703.
- : «La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería», *R.D.Publ.*, núm. 86, 1982, pp. 5-25.
- : «Doble nacionalidad. Comentario al art. 11 párrafo 3º», *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. II, Madrid, Edersa, 1984, pp. 193-206.
- : «El sistema español de doble nacionalidad», *Emigración y Constitución*, Guadalajara, I.E.E., 1983, pp. 71-90.
- : «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et droit des étrangers», *R. des C.*, t. 261, 1996, pp. 245-425.
- PÉREZ VERA, E. y ESPINAR VICENTE, J. M^a.: «Nationalité: Espagne», *Juris-Cl. Nationalité*, París, Editions Techniques, 1993-2, pp. 1-17.
- PÉREZ VOITUIREZ, A. y PÉREZ RODRÍGUEZ, M. J.: «Los 'canarios-venezolanos' y los problemas conflictuales de la doble nacionalidad», IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, *Las Relaciones de vecindad*, 1987, pp. 381-395.
- REGLERO CAMPOS, L. F.: «Adquisición de la nacionalidad española por residencia en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, pp. 275-342.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P.: «La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho internacional privado», *R.E.D.I.*, vol. XLII, 1990, pp. 463-493.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. A.: «La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de reforma del Código Civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, pp. 385-426.
- SANTOS ARNAU, L. y VILA COSTA, B.: «Comentario a la Ley 51/1982 de 13 de julio de modificación de los arts. 17 a 26 del Código Civil en materia de nacionalidad», *R.J.C.*, 1983, pp. 847-895.
- : «La doble nacionalidad en los Derechos francés, portugués y español: examen comparativo», IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, *Las Relaciones de vecindad*, Serv. Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987, pp. 363-379.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: «Comentario al artículo 24 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, (coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Madrid, Tecnos, 1993, pp. 789-801.
- VIRGOS SORIANO, M.: «Nationality and Double Nationality Principles in Spanish Private International Law System», JAYME, E. y MANSSEL, H. P.: *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, Müller, Heidelberg, 1990, pp. 237-258.
- VVAA: «Comentarios a los artículos 17 a 26 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, (coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Madrid, Tecnos, 1993, pp. 647-889.
- VVAA: *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 11-266.

APROXIMACIÓN Á POLÍTICA COMUNITARIA DE PROTECCIÓN DOS CONSUMIDORES E USUARIOS

José Ricardo Pardo Gato

Avogado

○ ingreso de España na Unión Europea xogou un papel relevante na actualización do dereito contractual e obrigatorial tradicional español, posto que supuxo un forte impulso para o chamado dereito da competencia e dereito de consumo, e determinou en último termo que a nosa lexislación debiera adaptarse ás esixencias do dereito comunitario¹.

Neste sentido, sobre a obrigatoriedade da adaptación dos estados membros ó dereito comunitario, o incumprimento da esixencia da transposición de certas directivas comunitarias por algúns destes estados ó seu dereito interno chegou mesmo a provoca-la intervención do Tribu-

¹ Así sucedeu coa Lei 34/1988, do 11 de novembro, xeral de publicidade (RCL 1988, 2279), que constitúe a canle de adaptación ó noso ordenamento da Directiva 84/450/CEE sobre «publicidade enganosa», insuficientemente regulada no Estatuto de publicidade de 1964; a Lei 26/1991, do 26 de novembro, sobre «contratos efectuados fóra de establecemento mercantil» (RCL 1991, 2806), que adapta a Directiva 85/577/CEE, do 20 de decembro, sobre «Protección dos consumidores nas compradas efectuadas fóra de establecemento mercantil» (LCEur 1985, 1350); a Lei 22/1994, do 6 de xullo, de responsabilidade civil por danos causados por produtos defectuosos (LCEur 1985, 712), que adapta tardiamente a Directiva 85/374/CEE en tema de «responsabilidade do fabricante por danos causados por produtos defectuosos» (LCEur 1985, 712); así como a Lei 7/1995, do 23 de marzo, de crédito ó consumo (RCL 1995, 979), que incorporou ó noso ordenamento a Directiva 192/87/CEE, do 22 de decembro, en materia de crédito ó consumo.

nal de Xustiza das Comunidades Europeas², que elaborou un corpo de doutrina³ recoñecéndolles efecto directo ás directivas non traspostas co obxecto de impedir, aínda que fose parcialmente, os posibles prexuízos de que os particulares puidesen ser obxecto pola non incorporación destas á súa lexislación nacional⁴.

Por isto, para poder entende-lo desenvolvemento da lexislación, doutrina e xurisprudencia española na materia, e que inevitablemente concluirá por determina-lo noso grao de adaptación comunitario, temos que partir e ter presente en todo momento o dereito orixinario e derivado da Unión Europea, que constitúe o marco homoxeneizador das lexislacións dos distintos estados membros, con especial atención ás directivas comunitarias.

Así, basta acudir á Directiva 87/102 do Consello, do 22 de decembro de 1986, relativa á aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros en materia de crédito ó consumo⁵ e á propia Directiva 93/13/CEE do Consello⁶, do 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas nos contratos efectuados con consumidores⁷, para comprobar que, no ámbito da normativa española en materia de protección de consumidores, a Lei 7/1998, do 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación (LCXC)⁸ ten os seus antecedentes máis directos na normativa comunitaria⁹, e máis concretamente, nesta última

² L. MARTÍNEZ DE SALAZAR, «Notas sobre la interpretación de las condiciones generales de la contratación», *La Ley*, año XX, número 4791, Madrid, 7 de mayo de 1999, p. 1.

³ Sobre o corpo de doutrina sentado polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas de efecto directo das directivas pódese consulta-lo artigo de LETE ACHIRICA, «La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario», en *AC*, número 9, Madrid, 1998, p. 183 e seguintes.

⁴ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, tomo I, 5ª edición, Madrid, 1996, p. 93.

⁵ DOCE do 12 de febreiro de 1987.

⁶ Para máis información, cfr. H. E. BRANDNER e P. ULMER, «EG-Richtlinie übermissbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», *Betriebsberater (BB)*, 1991, p. 701 e seguintes; J. M^a. DÍAZ FRAILE, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 633, 1996, p. 542 e seguintes.

⁷ DOCE número L 95/29, do 21 de abril de 1993. Esta norma nace da preocupación xeral da Comunidade Europea pola protección do consumidor, e concretamente, do Plan trienal presentado pola comisión en 1990, «sobre obxectivos da comunidade para a política de protección e fomento dos intereses dos consumidores» (COM (90) final, Bruxelas, do 3 de marzo de 1990).

⁸ BOE número 89, do 14 de abril de 1998. Está baseada no Proxecto de lei 121/000079 (BOE do 5 de setembro de 1997).

⁹ M. RUÍZ MUÑOZ, «Cláusulas abusivas en la CEE: ámbito de aplicación», *Cuadernos Jurídicos*, número 11, setembro 1993, p. 60 e seguintes.

directiva, que nos proporciona as pautas para cualificar unha cláusula como abusiva, así como as finalidades que pretende e que con posterioridade se recollerán na referida LCXC.

Resultan propicias ó respecto as palabras de J. Camacho de los Ríos¹⁰ cando sinalaba que polo que se refire á protección do consumidor en relación coas cláusulas abusivas, «a Directiva 93/13/CEE constitúe un intento de harmonización das lexislacións dos estados membros relativas ós contratos efectuados entre profesionais e consumidores. Isto xustifícase, por un lado, polo feito de que a disparidade existente nesta materia xeraba distorsións na competencia, especialmente cando a comercialización dos bens ou servicios se realizaba noutros estados membros; por outro lado, a diversidade da normativa e o descoñecemento desta por parte do consumidor disuadía a este, en moitos casos, de realizar transaccións de adquisición de bens ou servicios de modo directo noutros estados, o que podía provocar que algunhas das liberdades básicas do mercado único foran, na práctica, unha ilusión».

Deste modo, como vemos, o dereito comunitario debe constituí-lo punto común de referencia das lexislacións dos países do noso contorno, ademais do noso, que a pesar de posuí-las súas propias características e especialidades, xa que a maioría dos estados contan xa cunha lexislación propia antes da promulgación das directivas comunitarias en materia de contratos con consumidores¹¹, vense afectados igualmente pola esixencia de constituír un marco normativo común europeo, o que provoca, en definitiva, un inevitable achegamento entre as ditas lexislacións¹².

¹⁰ J. CAMACHO DE LOS RÍOS, *Armonización del Derecho de Seguro de daños en la Unión Europea*, editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 173, ademais engade que «por estas razóns a citada directiva vai centra-lo seu labor na protección do consumidor (concepto no que, loxicamente, se inclúe ó consumidor de seguros) fronte ás cláusulas abusivas dos contratos, e con este fin adóptanse normas uniformes arredor da determinación destas».

¹¹ En Alemaña, a *AGB-Gesetz* ou «A Lei sobre as condicións xerais dos contratos» de 1976; en Francia, lei francesa número 23, do 10 de xaneiro de 1978, sobre a protección e información de consumidores de produtos e de servicios («A Lei sobre a protección e información do consumidor»; en Gran Bretaña, a norma de referencia é a *Unfair Contract Terms Act* de 1977; e en Italia, que aínda que non existe unha lei especial, ten certas normas na materia, pois o seu Código civil de 1942 foi o primeiro entre os códigos civís modernos en conter unha disciplina para os contratos de adhesión, ademais dun rico labor doutrinal neste ámbito.

¹² Sobre a distinta normativa existente ó respecto no ámbito do dereito comparado europeo, é obrigado remitirse, coa finalidade de profundar na rica controversia que o tema suxire, ós documentados traballos dirixidos por J. GHESTIN e M. BESSONE:

J. GHESTIN, *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe. Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990*, Paris, 1991; tamén, máis concretamente, A. S. MUZZAGHI, *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau. Etude de droit comparé Libye-Egypte-France*, Paris, 1981.

Por todo isto faise necesaria unha breve mención á política comunitaria dos consumidores, así como á súa evolución histórica, antes de entrar no contido específico da Directiva de 1993 e a súa influencia posterior sobre a LCXC.

1. Cambios políticos

Na política comunitaria de protección ós consumidores pódense distinguir dúas fases claramente identificadas¹³:

a) Unha primeira, que se corresponde coa etapa orixinaria e inicial da Comunidade Europea, onde, tanto institucional coma xuridicamente, prima a produción e distribución dos bens económicos. Nesta etapa existe unha preocupación especial polo mercado, centrándose os distintos obxectivos marcados en facilitar e defende-lo exercicio das liberdades económicas que postula o Tratado de Roma: libre circulación de persoas, de capitais, de mercancías e de servicios. Neste marco, a figura do consumidor viuse fortemente beneficiada e potenciada polo desenvolvemento comunitario dun dereito da competencia, xa que calquera medida adoptada e dirixida a intensifica-la concorrencia de ofertas e a impedi-los acordos de carácter claramente restrictivo, acaban por repercutir sobre o prezo e sobre a calidade dos bens e servicios¹⁴.

M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991; así mesmo, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, 1982, baixo el epígrafe «O fenómeno do consumerismo e as alteraçoes legislativas e jurisprudenciais», p. 29 e seguintes.

¹³ Tamén M. RUÍZ MUÑOZ diferencia estas dúas etapas na política europea de protección ós consumidores («Introducción a la protección jurídica de los consumidores», en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por el mesmo por G. BOTANA GARCÍA, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 14 e 15).

¹⁴ P. ULMER, «Las vías de unificación del Derecho Privado en Europa», *RDM*, 1993, p. 1007, advirte que tanto no Tratado fundacional da CEE coma no seu desenvolvemento posterior, o dereito privado recibiu unha atención moito menor có dereito constitucional e o dereito público económico do mercado común. A razón de tal diferencia encóntraa o autor, probablemente, en que os lexisladores pensaban que a libre circulación de mercancías, servicios e capitais entre os países membros así como o establecemento empresarial ou a contratación de traballadores alén das fronteiras do Estado de orixe podían poñerse en marcha sen necesidade de unifica-lo dereito privado; que bastaba para isto elimina-las restriccións xurídico-públicas. Tal suposición, en opinión de M. RUÍZ MUÑOZ («Introducción a la protección...», cit., p. 14), pódese considerar acertada se comprobamos que nas últimas tres décadas o comercio intracomunitario aumentou moito máis ca proporcionalmente en relación co comercio con terceiros países. As diferencias que restaban entre os distintos dereitos privados nacionais non foron tomadas en consideración polos diversos participantes como un impedimento relevante. Ó dito éxito contribuíu enormemente o feito de que a economía dos estados membros desde a fundación da comunidade se caracterizara polos

b) A mediados dos anos setenta, ó considerar como insuficientes as medidas adoptadas ata ese momento no desenvolvemento e promoción do novo mercado único, produciuse un cambio de paradigma na Comunidade Económica Europea¹⁵. Así, desde un modelo concibido esencialmente en termos de produtividade e rendibilidade económica, pásase a unha política orientada cada vez en maior medida cara ós obxectivos da calidade de vida¹⁶. De acordo con M. Ruíz Muñoz¹⁷, o cambio está alentado nun alto grao pola falta de sintonía entre a política da comunidade, claramente interesada na creación dun mercado interior único, modelo económico «neoliberal», e as políticas dos estados membros que comezan a desenvolver unha especial preocupación, entre outras, pola protección dos consumidores, modelo de economía «social» de mercado; pero tamén é debido ó propio proceso de integración económica e xurídica da Comunidade Económica Europea, á denominada «lóxica de desenvolvemento» de todo proceso de integración económica internacional¹⁸.

Como se dixo de maneira autorizada¹⁹, nos ámbitos do dereito de protección dos consumidores a conexión co funcionamento do mercado común non resulta tan evidente coma no caso do dereito contable ou de sociedades anónimas, pero a súa necesidade no marco dun mercado único parece igualmente indiscutible: «o consumidor non debe deixar de realizar compras ou de facer calquera tipo de contratos fóra do seu país simplemente polo temor de sufrir un déficit de protección xurídica»²⁰.

principios comúns de liberdade de industria e comercio, economía de mercado e libre iniciativa empresarial.

¹⁵ Durante a década dos setenta estendeuse por todo o marco comunitario europeo a convicción de que era necesario lexitimar os xuíces para efectuar un control do contido daqueles contratos nos que se viña observando, sistematicamente, a presenza de abusos, ou o que é o mesmo, a existencia de cláusulas que lle impuñan a unha das partes condicións onerosas ou liberaban a outra das súas obrigacións contractuais máis elementais (J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», no Curso *El nuevo derecho de las condiciones generales de la contratación*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998, p. 1 e seguintes).

¹⁶ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Política y derecho del consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo», *EC*, número 34, 1995, p. 40.

¹⁷ Cfr. «Introducción a la protección...», cit., p. 14, *in fine*.

¹⁸ J. M^a. GONDRA ROMERO, «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA *et al.* (director), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, I, Madrid, 1986, pp. 284 y 285; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Política y derecho del consumo...», cit., p. 41.

¹⁹ P. ULMER, «Las vías de unificación...», cit., p. 1009.

²⁰ Consecuentemente, P. ULMER, «Las vías de unificación...», cit., p. 1009, non comparte as críticas que se verteron e dirixiron contra a Comisión e o Consello da Comunidade Económica Europea pola súa actuación neste ámbito. De acordo coa súa

Vexamos a continuación cómo se reflicten estes cambios políticos nos distintos ámbitos da política comunitaria, realizando con isto unha breve evolución histórica sobre o significado desta.

2. Aproximación histórica e dereito actual

Resumindo as distintas fronteas, poderíamos sintetizar a política comunitaria dos consumidores e usuarios nos seguintes planos:

a) *No nivel constitucional ou dereito orixinario*

■ O Tratado de Roma de 1957. A pesar da creación da Comunidade Económica Europea, o referido tratado non fai mención expresa á política de consumo, unicamente existen referencias implícitas ó longo do articulado. Así sucede coas mencións á mellora das condicións e do nivel de vida (artigo 2); ós fins da política agrícola común referentes ó abastecemento e prezos razoables nas entregas ós consumidores (artigo 39), a exclusión da discriminación entre produtores ou consumidores da comunidade (artigo 40); e na política da competencia, excepcións á prohibición de acordos entre empresas en beneficio dos consumidores (artigo 85), e prohibición de limitar a produción, distribución, etc., en prexuízo dos consumidores (artigo 86). A base lexitimadora da Comunidade Económica Europea para promulgar as disposicións iniciais en protección dos consumidores estivo preponderantemente no artigo 100 do Tratado constitutivo da Comunidade.

■ É na Acta única europea de 1986, que reforma o Tratado de Roma e que vén sendo consecuencia do Informe SPINELLI sobre o proxecto de constitución europea, onde se recolle por primeira vez unha mención expresa á protección dos consumidores no seu artigo 100 A.3:

A comisión, nas súas propostas previstas no apartado 1 referente á aproximación das lexislacións en materia de saúde, seguridade, protección do medio e protección dos consumidores, basearase nun nivel de protección elevado.

Polo tanto, a Acta única incorpóralle a política dos consumidores nun «alto grao» á construción do mercado interior.

■ Pero a consolidación da política dos consumidores prodúcese en 1992 co Tratado de Maastricht, que a introduce entre os obxectivos do

opinión, non se trata de «crear un mercado único para os feitos ilícitos», como se criticou irónicamente a Directiva sobre responsabilidade do fabricante, senón de eliminarlle os obstáculos ó tráfico internacional con consumidores presentados polo diferente nivel de protección en cada un dos estados membros.

Tratado da Comunidade Europea a través do artigo 3 S²¹ e desenvólvea no título XI, que contén un único precepto, o 129 A²², mantendo o artigo 100 A.3 como base xurídica das singulares directivas que articulan a política dos consumidores na consecución do mercado común. É de significar, non obstante, que a recente reforma do Tratado da Comunidade Europea polo Tratado de Amsterdam de 1997 comportou a modificación deste precepto –aínda que con escasas innovacións–, ademais de cambia-lo seu ordinal, que agora pasa a se-lo artigo 153²³.

b) *No plano institucional* a política dos consumidores en Europa vén marcada polo Cumio de París de 1972²⁴, que crea o Consello dos Con-

²¹ Artigo 3 S do Tratado de Maastricht: «Para alcanza-los fins enunciados no artigo 2, a acción da Comunidade implicará, nas condicións e segundo o ritmo previsto no presente tratado: [...] s) unha contribución ó fortalecemento da protección dos consumidores.»

²² Título XI do Tratado de Maastricht: PROTECCIÓN DOS CONSUMIDORES. Artigo 129 A: «I. A Comunidade contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección dos consumidores mediante:

a) medidas que adopte en virtude do artigo 100 A no marco da realización do mercado interior;

b) accións concretas que apoiem e complementen a política levada a cabo polos estados membros co fin de protexe-la saúde, a seguridade e os intereses económicos dos consumidores, e de garantirlles unha información axeitada.

2. O Consello de acordo co procedemento previsto no artigo 189 B e logo da consulta ó Comité Económico e Social, adoptará as accións concretas mencionadas na letra b) do apartado 1.

3. As accións que se adopten en virtude do apartado 2 non obstarán para que cada un dos estados membros manteña e adopte medidas de maior protección. As ditas medidas deberán ser compatibles co presente tratado. Notificaránselle á comisión.»

²³ Artigo 153 do Tratado de Amsterdam: «1. Para promove-los intereses dos consumidores e garantirlles un alto nivel de protección, a comunidade contribuirá a protexe-la saúde, a seguridade e os intereses económicos dos consumidores, así como a promove-lo seu dereito á información, á educación e a organizarse para salvagarda-los seus intereses.

2. Ó definiren e executárense outras políticas e accións comunitarias teranse en conta as esixencias da protección dos consumidores.

3. A Comunidade contribuirá a que se acaden os obxectivos a que se refire o apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtude do artigo 95 no marco da realización do mercado interior;

b) medidas que apoiem, complementen e supervisen a política levada a cabo polos estados membros.

4. O Consello, de acordo co procedemento previsto no artigo 251 e logo da consulta ó Comité Económico e Social, adoptará as medidas mencionadas na letra b) do apartado 3.

5. As medidas que se adopten en virtude do apartado 4 no obstarán para que un dos estados membros manteña e adopte medidas de maior protección. As ditas medidas deberán ser compatibles co presente tratado. Notificaránselle á Comisión.»

²⁴ Os antecedentes do dereito comunitario en materia de protección dos consumidores sitúanse normalmente no Cumio de París.

sumidores e onde se deixou constancia da necesidade de desenvolver unha política de protección e información dos consumidores e o desenvolvemento duns programas de acción neste sentido.

■ A primeira acción constituíuna o Programa preliminar de 1975, que recolleu os denominados dereitos fundamentais dos consumidores: dereito á saúde, á seguridade, á tutela dos intereses económicos, á reparación dos danos e á representación.

■ É co segundo Programa de 1981, que abarca o período comprendido entre 1981 a 1986, onde se empezan a ver os primeiros froitos. Neste programa ratifícanse os obxectivos marcados anteriormente e apróbanse as primeiras directivas en materia de protección dos consumidores: publicidade enganosa (84/450/CEE), responsabilidade do fabricante por danos de produtos defectuosos (85/374/CEE), contratos negociados fóra dos establecementos comerciais (85/577/CEE) e crédito ó consumo (87/102/CEE).

■ Seguidamente, constitúese o Programa de novo impulso á política de protección dos consumidores que comprende os anos 1985 e 1986, durante o que ten lugar a publicación en 1985 do Libro branco do mercado interior²⁵. Corresponden a esta etapa algunhas disposicións non vinculantes, concretamente dúas recomendacións, sobre o Código europeo de boa conducta en materia de pagamento electrónico (87/598/CEE), e sobre sistema de pagamento e relacións entre titulares e emisións de tarxetas (88/59/CEE).

■ Despois dun pequeno período de crise económica, retómase a acción comunitaria co primeiro Plan trienal de acción sobre política dos consumidores 1990-1992. Durante este plan aprobáronse as directivas sobre viaxes combinadas (90/314/CEE), seguridade de produtos (92/59/CEE) e de modificación da Directiva de crédito ó consumo (90/88/CEE). Así mesmo, neste primeiro plan tiveron lugar as propostas de directivas sobre responsabilidade do prestador de servicios e de cláusulas abusivas.

■ O segundo Plan trienal do 28 de xullo de 1993, para o período 1993-1995, que tivo como obxectivo primordial o desenvolvemento dun mercado único ó servizo dos consumidores, recolleu dous tipos de medidas: consolidación do dereito vixente e actuacións novas de carácter prioritario. Entre estas últimas figuran o perfeccionamento e a mellora da información ó consumidor, favorece-lo acceso á xustiza e á regulamentación dos litixios, ampliar e facilita-la concertación, ou adaptarlle-los servicios financeiros ás necesidades dos consumidores. Por outra parte, ademais da creación en 1995 da Dirección Xeral XXIV de Política de Consumidores, nesta fase apróbase a Directiva sobre cláusulas abusivas

²⁵ Este libro non contén medidas directivas.

(93/13/CEE) e a Directiva sobre contratos de adquisición dun dereito de uso de inmobles a tempo compartido (94/47/CEE).

■ Os obxectivos do terceiro Plan trienal 1996-1998 foron fundamentalmente os seguintes: mellora-la educación e información do consumidor, protexe-lo usuario de servizos financeiros e avanzar na representación dos consumidores; en especial, preténdese mellora-la información do consumidor para que poida autoprotexerse. Nestes anos aparecen as directivas sobre contratos a distancia (97/7/CEE), publicidade comparativa (97/55/CEE) que modifica a de publicidade enganosa de 1984, de crédito ó consumo (98/7/CEE) que vén modificar novamente a de 1987, sobre indicación de prezos (98/6/CEE), e sobre accións de cesamento (98/27/CEE). Ademais xorden algunhas propostas en relación coa venda e coas garantías dos bens de consumo en 1996 e coa de comercialización a distancia de servizos financeiros de 1998. E unha recomendación sobre transaccións efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pagamento, en particular, as relacións entre emisores e titulares destes instrumentos (97/489/CEE).

■ A finais de 1998 foi aprobado o cuarto Plan trienal de acción para a política dos consumidores 1999-2001. O novo plan parte da premisa da nova configuración dos mercados, a súa mundialización e a evolución das novas tecnoloxías (informática, telemática...); ademais desenvólvense tres obxectivos coas súas respectivas accións concretas, os obxectivos son os seguintes: que os distintos consumidores da Unión Europea poidan ser escoitados en maior medida e que as súas peticións e pretensións teñan o suficiente eco, asegurarlles a estes un alto nivel de saúde e seguridade, e respectar plenamente os seus intereses económicos. Por outra parte, no referido documento déixase constancia da estreita vinculación da política dos consumidores con outras políticas comunitarias de acordo co estipulado no artigo 153.2 do Tratado da Comunidade Europea. Neste contexto debe inscribirse xa a recente Proposta de directiva sobre o comercio electrónico de 1999, pero tamén outras iniciativas como as relativas á mediación nos contratos de seguros e á seguridade xeral dos produtos; así como a aprobación definitiva da Directiva 99/44/CEE, do 25 de maio de 1999, sobre determinados aspectos da venda e as garantías dos bens de consumo²⁶.

Como exemplo da actividade normativa da Comisión Europea en materia de consumidores dentro do cuarto Plan trienal, baste cita-lo regulamento adoptado pola Comisión relativo á creación dun logotipo da Unión Europea destinada á etiquetaxe de produtos agrícolas e produtos alimentarios biolóxicos²⁷, ou o recentemente publicado Regula-

²⁶ DOCE número L 171, do 7 de xullo de 1999.

²⁷ A Comisión Europea considera que a existencia do logotipo constituirá unha verdadeira garantía para os consumidores.

mento 49/2000 da Comisión Europea, do 10 de xaneiro de 2000, que modifica o Regulamento 1139/98 do Consello relativo á mención obrigatoria na etiqueta de certos produtos alimentarios producidos a partir de organismos xeneticamente modificados, de información complementaria á prevista pola Directiva 79/112/CEE²⁸.

En resumo, toda esta abundante lexislación comunitaria xorde, en definitiva, coa pretensión de desenvolver os cinco dereitos básicos de toda política de consumidores, tal e como foron recollidos pola Carta do Consello de Europa en 1973 e polo segundo programa da Comisión das Comunidades Europeas, a saber:

- O dereito á saúde e á seguridade.
- A protección dos intereses económicos.
- O dereito á información, e a unha información veraz.
- Audiencia, representación e participación.
- E o dereito á reparación dos danos.

3. A unificación do dereito privado europeo

Toda esta produción normativa de protección dos consumidores vén constituír unha das vías fundamentais de unificación do dereito privado europeo. Unificación que P. Ulmer entende moi desexable para acadar un espazo económico común, polo menos en aspectos básicos (principios xerais, dereito de obrigacións, dereito mercantil e outras materias relevantes para o tráfico económico)²⁹. Non se debe poñer en dúbida o anterior pola experiencia norteamericana, pois a pesar de lles corresponder-las competencias sobre dereito privado ós distintos estados, débese ter en conta que as diferencias internas nos estados americanos son relativamente pequenas, posto que existe unha tradición xurídica común e o dereito que se dá nos seus centros universitarios vén ser basicamente o mesmo. Pola contra en Europa –séguennos dicindo– as cousas son diametralmente distintas: a unha tradición xurídica común rota hai dous séculos úneselle a inexistencia dunha formación xurídica supranacional. Pois ben, este proceso harmonizador europeo, a pesar do impulso do Parlamento da Comunidade Europea en 1989³⁰ para a ela-

²⁸ DOCE número L 6, do 11 de xaneiro de 2000. Este regulamento prevé un limiar dun valor máximo dun 1% de ADN ou de proteínas resultantes dunha modificación xenética para ter en conta a contaminación accidental de certos produtos alimentarios. O regulamento entrará en vigor noventa días despois da súa publicación no DOCE.

²⁹ P. ULMER, «Las vías de unificación...», cit., p. 1006. No mesmo sentido, e citando este autor, M. RUÍZ MUÑOZ, «Introducción a la protección...», cit., p. 19 e 20.

³⁰ DOCE número C 154/400, do 26 de xuño de 1989.

boración dun código europeo de dereito privado, limitouse exclusivamente á aprobación das disposicións particulares de protección dos consumidores anteriormente referidas. Esta forma *fragmentaria e illada* de levar a cabo a harmonización xurídica europea é criticada polos graves problemas de coordinación sistemática que se presentan entre os dereitos nacionais harmonizados e os non harmonizados³¹; ata o punto de chegar a ser cualificada de máis prexudicial ca vantaxosa³².

De acordo con M. Ruíz Muñoz³³, os problemas refírense, entre outros aspectos, a:

■ A delimitación obxectiva e subxectiva dos ámbitos de aplicación das materias coincidentes (*v. gr.*, crédito ó consumo e «outros» créditos, cláusulas abusivas unicamente aplicables ós consumidores e non ós empresarios).

■ A falta de coordinación co tratamento xeral da ineficacia contractual (*v. gr.*, nulidade de cláusulas abusivas, consecuencias do incumprimento dos requisitos de forma do contrato, facultade revogatoria).

■ Ó caso da franquía (65.000 pesetas) na responsabilidade civil do fabricante (artigo 10 da Lei 22/1994, de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos) que pode ser facilmente eludida acudindo ó dereito nacional «xeral».

■ As distintas interpretacións dos textos nacionais harmonizados polas xurisdiccións nacionais e o Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea.

■ Ou, finalmente, o complicado problema das lagoas no dereito harmonizado que non se poden cubrir nin polo dereito nacional nin polo desenvolvemento xudicial e xurisprudencial sen violentar ou infrinxi-lo dereito comunitario.

Como consecuencia, este negativo panorama do proceso en curso de harmonización parcial do dereito privado, vía protección dos consumidores, intimamente ligado á práctica inviabilidade dun código europeo, está dando lugar a propostas de formulacións «lexislativas» máis matizadas³⁴. Por unha banda, recorrer ó dereito internacional privado adaptado ás necesidades do mercado único, que determine qué dereito nacional é aplicable e cál non³⁵. Por outra, máis na liña dos *restatements*

³¹ C. JAMIN, «Un droit européen des contrats?» e P. MALAURIE, «Conclusion», ámbolos traballos incluídos no libro *Le Droit privé européen (Sous dir. Pascal de Vareilles-Sommieres)*, París, 1998, pp. 50 e 249, respectivamente.

³² P. ULMER, «Las vías de unificación...», cit., pp. 1013 a 1015.

³³ M. RUÍZ MUÑOZ, «Introducción a la protección...», cit., p. 20.

³⁴ P. ULMER, «Las vías de unificación...», cit., pp. 1016 a 1018; C. JAMIN, «Un droit européen...», cit., p. 51 e seguintes.

³⁵ SALVADOR CODERCH/SOLÉ I FELLÍU, *Brujas y aprendices*, Madrid, 1999, p. 117 e seguintes.

do dereito norteamericano, especie de compilacións de carácter privado³⁶ que sintetizan, de maneira metódica e sistemática nun ámbito xurídico determinado (danos, contratos, propiedade...), as solucións de máis aceptación e que demostraron o seu elevado valor na conservación da unidade xurídica dos Estados Unidos de América. Este método xa se puxo en práctica na Comunidade Europea no seo da *Comisión para o dereito europeo do contrato*, presidida polo profesor O. Lando, que viu as súas primeiras manifestacións no relativo ó *cumprimento e incumprimento contractual* no ano 1994, dentro dun proxecto máis ambicioso sobre *Os principios do dereito europeo de contratos*.

Por outra parte, non se debe esquecer que, conxunta e paralelamente a estas tendencias uniformadoras do dereito privado en Europa, está tendo lugar nestes últimos anos un forte fenómeno uniformador internacional do dereito privado, especialmente no campo da contratación, que está dando lugar ó que se coñece como dereito uniforme do comercio internacional ou moderna *lex mercatoria*. Pero sábese que este dereito se encontra nun plano distinto porque, ademais de estar destinado inicialmente ó comercio internacional, exclúe do seu ámbito de aplicación as «operacións» con consumidores. Así se deduce nitidamente de dúas das súas disposicións máis significativas: o artigo 2 da Convención de Viena sobre compravenda internacional de mercancías de 1980³⁷ e o Preámbulo dos principios de Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais de 1994³⁸. Polo tanto, podemos concluír, con M. Ruíz Muñoz³⁹, que o resultado no momento presente é que, nalgunhas parcelas do dereito privado, atopámonos cun dereito nacional harmonizado, un dereito nacional uniforme «empresarial» ou «profesional» e un dereito nacional «xeral».

4. A Directiva 93/13/CEE

Dentro do contexto xeral da política europea de protección dos consumidores sitúase a Directiva do Consello de 1993 sobre cláusulas abusivas nos contratos feitos con consumidores (de agora en diante, a Directiva de 1993)⁴⁰. O resultado desta directiva débese a un longo e arduo

³⁶ *American Law Institute*.

³⁷ Ratificada por España no ano 1991.

³⁸ R. ILLESCAS, «El Derecho uniforme del comercio internacional: elementos de base», en *Estudios Homenaje a M. Broseta*, II, Valencia, 1995, p. 1788.

³⁹ Cfr. «Introducción a la protección...», cit., p. 21.

⁴⁰ *Vid.*, nota 7.

proceso⁴¹, cun comezo que se pode cifrar no primeiro e segundo Programa da Comunidade Económica Europea *para unha política de protección e información dos consumidores*, de 1975 e 1981, respectivamente, se ben ata o ano 1984 non se publicou un *documento de traballo* sobre os problemas suscitados polo emprego de condicións xerais na contratación, que se traduciu en 1987 nun *anteproxecto de directiva sobre cláusulas abusivas nos contratos feitos con consumidores*, dando lugar finalmente á *Proposta de directiva* de 1990. As críticas de que foi obxecto a dita proposta⁴² motivaron a conseguinte presentación dunha *proposta modificada de directiva do consello sobre cláusulas abusivas nos contratos feitos con consumidores* do 5 de marzo de 1992 que, sen a penas modificación ningunha, foi definitivamente aprobada como directiva.

1. Características xerais

Como caracteres xerais e obxectivos marcados pola Directiva de 1993, pódense sinalalos seguintes:

■ Como puxera de manifesto o profesor J. F. Duque Domínguez⁴³, pódese afirmar que a Directiva de 1993 é unha norma que persegue unha harmonización parcial, posto que a situación actual dos estados membros non permite outra cousa (considerando 12). Neste sentido, a finalidade que con ela se persegue tradúcese na realización do mercado único verbo de harmoniza-las lexislacións dos distintos estados membros de forma que non se poidan producir distorsións entre eles, nin que a ignorancia da normativa aplicable en estados diferentes ó seu leve os consumidores a non realizaren transaccións fóra dos seus países (considerando 4).

⁴¹ Neste sentido, F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación», texto íntegro da conferencia pronunciada na Universidade de Lleida o día 11 de decembro de 1998 dentro da *Jornada Jurídica sobre Condiciones Generales de la Contractació* e que foi publicada dentro do libro *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, varios autores, editado por S. ESPIAU ESPIAU, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 53; A. EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *RDM*, número 213, 1994, p. 461 e seguintes; J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, «La protección de los consumidores en la Europa comunitaria: de los Tratados fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht)», en *Estudios sobre Derecho del Consumo*, 2ª edición, Bilbao, 1994.

⁴² *Vid.*, M. RUÍZ MUÑOZ, «Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario», en *GJ*, D-21, 1994, p. 50 e seguintes; A. EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas...», *cit.*, pp. 464 e 465.

⁴³ J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera*, tomo I, Madrid, 1994, pp. 655 a 657.

■ Trátase dunha directiva de mínimos (considerando 12 e artigo 8), na medida na que os estados membros «poderán adoptar ou manter no ámbito regulado pola presente directiva disposicións máis estrictas que sexan compatibles co tratado, co fin de lle garantir ó consumidor un maior nivel de protección».

■ Ten certo carácter experimental, como se desprende do seu artigo 9 ó establecer que «como moito, cinco anos despois da data considerada no apartado 1 do art. 10 (31 de decembro de 1994), a Comisión presentarálles ó Consello e ó Parlamento Europeo un informe sobre a aplicación da presente directiva».

■ Persegue unha protección de carácter supranacional (considerando 12 e artigo 10.2).

■ De acordo co seu artigo 1.1, o seu obxectivo xeral é o de «aproximar as disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros sobre as cláusulas abusivas nos contratos feitos entre profesionais e consumidores».

■ Outro fin perseguido pola directiva é a protección dos consumidores contra as cláusulas abusivas (considerando 7), o que supón a protección dos consumidores contra os posibles abusos do poder do prestador do servizo e, en especial, contra os contratos de adhesión e a exclusión abusiva de determinados dereitos (considerando 8). Polo tanto, no considerando 11 establécese que a norma comentada sería de aplicación a aquelas cláusulas que non foron obxecto de negociación.

■ A Directiva de 1993 pretende fixar determinados criterios de apreciación do carácter abusivo das cláusulas contractuais (considerando 14); para o que é necesario aprecia-la existencia ou non da boa fe na contratación (considerando 15).

■ Con carácter indicativo, a directiva inclúe un anexo onde teñen cabida unha serie de cláusulas que poden orientar sobre o que non debe ser admitido nos contratos de cara á defensa dos consumidores e usuarios (considerando 16).

■ O considerando 20 prevé unha sanción á cláusula abusiva, e esta non é outra que o feito de declarala ineficaz, continuando o resto do contrato vixente se resultase factible.

Sobre a base destes obxectivos, pódese determina-lo ámbito de aplicación da Directiva de 1993, tanto desde o punto de vista obxectivo coma subxectivo. Neste sentido, o seu ámbito de aplicación vén dado en función de dous criterios positivos e de dous criterios negativos; respecto ós primeiros: que se trate de cláusulas abusivas e que se conteñan en contratos entre profesionais e consumidores; e respecto ós criterios negativos: que non coincidan as cláusulas abusivas con disposicións legais imperativas ou convenios internacionais e que se trate de contratos que non foran negociados individualmente.

2. Ámbito obxectivo de aplicación

Polo que se refire ó ámbito obxectivo, a Directiva de 1993 aplícase a tódalas cláusulas contidas en contratos feitos entre profesionais e consumidores, con independencia de que se trate ou non de contratos de adhesión realizados conforme unhas condicións xerais, sempre que esas cláusulas non se negociasen individualmente⁴⁴.

O artigo 3 sinala expresamente que:

«1) As cláusulas contractuais que non se negociaran individualmente consideraranse abusivas se, pese ás esixencias da boa fe, causan en detrimiento do consumidor un desequilibrio importante entre os dereitos e as obrigacións das partes que se derivan do contrato.

2) Considerarase que unha cláusula non se negociou individualmente cando fose redactada previamente e o consumidor non puidese influír sobre o seu contido, en particular, no caso dos contratos de adhesión...».

Este é o concepto de cláusula abusiva contido na Directiva de 1993, cun proceso de elaboración que foi o longo e difícil camiño que seguiu desde os proxectos iniciais ata a súa aprobación final polo Consello das Comunidades Europeas nese ano. Da simple lectura do precepto transcrito resulta, como destaca J. Alfaro Águila-Real e A. Emparanza, que para os efectos desta normativa non son cláusulas abusivas tódalas cláusulas non negociadas individualmente, senón unicamente as «cláusulas desequilibradas incluídas nun contrato entre un empresario e un consumidor que non foran obxecto de negociación individual, que foran predispostas polo empresario e que, consecuentemente, quedáranlle incorporadas ó contrato sen que o consumidor puidese influír no seu contido». Isto é, contra o que parece anuncia-lo seu título («Directiva sobre cláusulas abusivas»), o obxecto do control non son simplemente as «cláusulas non negociadas individualmente», senón as «cláusulas predispostas e impostas unilateralmente polo empresario»⁴⁵.

⁴⁴ Artigo 3 da Directiva de 1993; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998...», cit., p. 54; A. EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas...», cit., pp. 468 a 470; M. RUÍZ MUÑOZ, «Control de las condiciones generales de los contratos...», cit., pp. 62 a 65; J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria...», cit., p. 660; M. GARCÍA AMIGO, «Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera*, tomo I, Madrid, 1994, pp. 914 e 915.

⁴⁵ A xuízo de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Cláusulas abusivas, cláusulas predispostas...», cit., pp. 8 e 9, a solución adoptada pola Directiva de 1993 debe aceptarse. Segundo a súa opinión, «o concepto de cláusula abusiva contido materialmente no seu artigo 3 delimita correctamente o ámbito de aplicación do control do contido e respecta suficientemente a liberdade contractual». A razón que xustifica o control do contido das cláusulas predispostas xa fora exposta con grande brillantez na Memoria

Como xa adiantei, a determinación específica das cláusulas abusivas inténtase no anexo que acompaña a Directiva de 1993, onde se leva a cabo unha enumeración extensa de cláusulas presumiblemente abusivas. Agora ben, como puxo de manifesto M. García Amigo⁴⁶, respecto da lista de cláusulas alí contida, hai que ter en conta:

- Que non se trata de cláusulas necesariamente abusivas, senón que «poden ser declaradas abusivas».
- Que a lista non é exhaustiva, polo que calquera outra cláusula que reúna os requisitos indicados anteriormente pode ser declarada igualmente abusiva.
- O valor da lista é o de ter unha enumeración simplemente indicativa.⁴⁷

Por outra parte, en canto ó «desequilibrio importante entre os dereitos e obrigacións das partes» ó que fai referencia o citado artigo 3.1, quixera facer unha breve precisión ó respecto, no sentido de que este «desequilibrio» ha reuni-las seguintes tres notas para que dea lugar á existencia de cláusula abusiva:

que acompañaba o borrador da Lei de condicións xerais elaborado polo Ministerio de Xustiza no ano 1992, onde podía lerse o seguinte: «O sentido do control do contido que se articula a través das previsións comentadas non é outro ca limitación dos poderes de configuración negocial do predisponente, de modo que só poida establecer un dereito que sería homologado polo lexislador, é dicir, un dereito que resulta coherente –para dicilo coas palabras do artigo 1258 do Código civil– co dereito dispositivo, os usos e a boa fe. Outro dereito, aínda que puidese ser homologado pola autonomía privada, ha de parecerse, xa que nos contratos efectuados sobre a base de cláusulas predispostas faltan precisamente as bases que permiten confiarlle á autonomía privada a produción do regulamento contractual. Neste sentido convén precisar que o que se ha vulgar abusivo nun contrato integrado por cláusulas predispostas nada ten que ver co que merece esa consideración nun contrato negociado. Os padróns de axuizamento son moi distintos nun e noutro sistema de contratos. Boa proba disto é que a maioría das cláusulas concretas que esta lei prohibe non serían obxectables no seo de contratos negociados, precisamente porque estarían amparadas pola autonomía privada. É o feito de que sexan configuradas unilateralmente polo empresario o que as fai reprochables. Ó que aspira a regular unilateralmente o contido dun contrato na conciencia da falta de influencia da súa contraparte sobre este non lle está permitido apartarse sen xustificación das normas e principios do dereito dispositivo». O texto está tomado de J. ALFARO ÁCUILA-REAL, «El anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, Burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado», *RDBB*, número 67, 1997, p. 897.

⁴⁶ M. GARCÍA AMIGO, «La política europea de protección del consumidor y la Directiva 93/13/CEE», relatorio presentado nas *Xornadas sobre condicións xerais da contratación e da protección do consumidor*, realizadas na Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, os días 15, 16 e 17 de xuño de 1998, p. 17.

⁴⁷ O sistema seguido apártase do modelo adoptado na Lei de condicións xerais alemá e na portuguesa, con listas separadas segundo o alcance da nulidade con que se sancionen; a Directiva de 1993, polo contrario, presenta unha lista única, pois único é o alcance da ineficacia con que se sancionan.

1. É necesario aprecia-lo desequilibrio no conxunto da relación contractual, calquera que sexa a súa fonte normativa; mesmo habería que ter presente o outro contrato, se houbo dependencia del (artigo 4.1).

2. Ademais, o desequilibrio ha ser importante; sobre isto non se concreta máis pola directiva, que non especifica cómo de importante debe ser (artigo 3.1).

3. O desequilibrio ha de prexudica-lo consumidor ou usuario, e, polo tanto, beneficia-lo profesional; o desequilibrio en favor do consumidor e en prexuízo do profesional non ten maior relevancia para os efectos da noción de cláusula abusiva dentro do contexto do presente traballo.

3. Ámbito subxectivo de aplicación

Polo que respecta ó ámbito subxectivo, unha das esixencias para que entre en xogo a mecánica xurídica deseñada pola Directiva de 1993 é a de que sexan contratos entre profesionais e consumidores; polo tanto, non entre profesionais, non entre consumidores⁴⁸. Así, o ámbito subxectivo delimitase arredor do concepto de profesional entendido como «toda persoa física ou xurídica que, nas transaccións reguladas pola presente directiva, actúe dentro do marco da súa actividade profesional, sexa pública ou privada» (artigo 2.c)), concepto que parece supera-lo de comerciante ou empresario⁴⁹, e o de consumidor, entendido como «toda persoa física que, nos contratos regulados pola presente directiva, actúe cun propósito alleo á súa actividade profesional» (artigo 2.b)). Consecuentemente, a liña divisoria entre consumidor ou profesional é, dunha parte, a de que actúe dentro ou fóra da actividade profesional, e doutra, que só é consumidor a persoa física; do que se infire que a persoa xurídica que actúe fóra da súa actividade profesional non está protexida pola Directiva de 1993.

Os consumidores así conceptuados resultan protexidos en relación coas cláusulas contractuais e non só –aínda que tamén– en relación coas

⁴⁸ A razón estriba, como di M. GARCÍA AMIGO («La política europea de protección del consumidor...», cit., p. 18), en que toda a Directiva de 1993 se insire no desenvolvemento do principio de protección dos consumidores e usuarios, que se converteu nun principio xeral do dereito dos contratos –como di xa explicitamente a LCXC española–; principio, polo demais, que alcanza rango constitucional no artigo 51 da nosa norma suprema e tamén nos tratados comunitarios: indirectamente, na Acta única –que introduce o artigo 100 A, que fala expresamente de que a defensa dos consumidores alcanzará un «alto grao»–; directamente, no Tratado de Maastricht, mencionando explicitamente a defensa dos consumidores coma un dos obxectivos da Unión Europea.

⁴⁹ J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria...», cit., p. 659; citado por F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998...», cit., p. 55.

condicións xerais ou os contratos de adhesión. Para isto establécese un control de inclusión e un control de contido, centrado este último nas denominadas cláusulas abusivas que, reiterando o dito, veñen ser definidas polo referido artigo 3.1 da directiva e pola xeneralidade da doutrina coma aquelas que «pese ás esixencias da boa fe, causan en detrimento do consumidor un desequilibrio importante entre os dereitos e obrigacións das partes que se derivan do contrato»⁵⁰ e que «non vincularán o consumidor», a pesar de que o contrato no que aparezan recollidas seguirá a ter carácter obrigatorio para as partes en iguais termos, se este pode ter validez sen as cláusulas abusivas⁵¹. E aínda que o ámbito de protección da Directiva de 1993 vai máis alá dos límites do contrato de adhesión ou das condicións xerais da contratación, obriga os distintos estados membros a estableceren un control abstracto sobre esta modalidade de contratación (artigo 7).

A razón última da intervención do lexislador para asegura-la defensa dos dereitos contractuais do consumidor que se adhire a estas cláusulas abusivas xustifícase, como non podía ser doutro modo, pola falta de control privado que provoca esa existencia de cláusulas desequilibradas na nosa práctica civil e mercantil⁵².

4. Sanción das cláusulas abusivas

De conformidade co teor literal do artigo 6.1 da Directiva de 1993, «os estados membros establecerán que non lle vincularán ó consumidor, nas condicións estipuladas polos dereitos nacionais, as cláusulas abusivas que figuren nun contrato realizado entre este e un profesional, e disporán que o contrato siga sendo obrigatorio para as partes nos mesmos termos, se este pode subsistir sen as cláusulas abusivas».

Polo tanto, a sanción que a directiva impón é a non vinculación das cláusulas abusivas, isto é, a ineficacia. Non obstante, dado que a directiva

⁵⁰ En tal sentido, M. RUÍZ MUÑOZ, «Control de las condiciones generales de los contratos...», cit., pp. 72 a 75; F. J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria...», cit., pp. 663 e 664; A. EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas...», p. 472; ou M. GARCÍA AMIGO, «Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario...», cit., pp. 910 e 911.

⁵¹ Así, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 333 e seguintes; L. H. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO e SALAS (directores), Madrid, 1992, p. 336 e seguintes; J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria...», cit., pp. 665 e 667.

⁵² Como se manifestou en repetidas ocasións pola doutrina, esta falta de control «individual» por parte do consumidor concreto resultaría irrelevante se coubera esperar que o «mercado» asegurara a protección de cada un dos participantes.

debe traspoñerse ó ordenamento interno de cada estado membro, queda ó arbitrio de cada un destes configurar un tipo de eficacia ou outro.

Unha cuestión problemática que se pode suscitar é se o aspecto regulado pola cláusula ou cláusulas abusivas simplemente desaparece do contrato ou, en palabras de M. García Amigo⁵³, tan só orixina unha mera «lagoa contractual». Neste segundo suposto estaríamos ante un caso de aplicación do dereito dispositivo, xa sexa legal, consuetudinario ou para cubrir co principio de boa fe⁵⁴.

Por outra parte, o parágrafo 2 do artigo 6 pretende saír ó paso dunha fraude de lei mediante a submisión do contrato á lei estranxeira, dispondo para o efecto que «os estados membros adoptarán as medidas necesarias para que o consumidor non se vexa privado da protección que ofrece a presente directiva polo feito de ter elixido o dereito dun estado terceiro como dereito aplicable ó contrato cando o contrato mantña unha estreita relación co territorio dun estado membro da comunidade».

Ante isto, o presumible era que o lexislador español se decantase pola modalidade da ineficacia para as cláusulas abusivas en forma de nulidade parcial; como así sucedeu, pois a LCXC de 1998, que incorpora a Directiva de 1993, efectivamente considera nulas as cláusulas abusivas. 

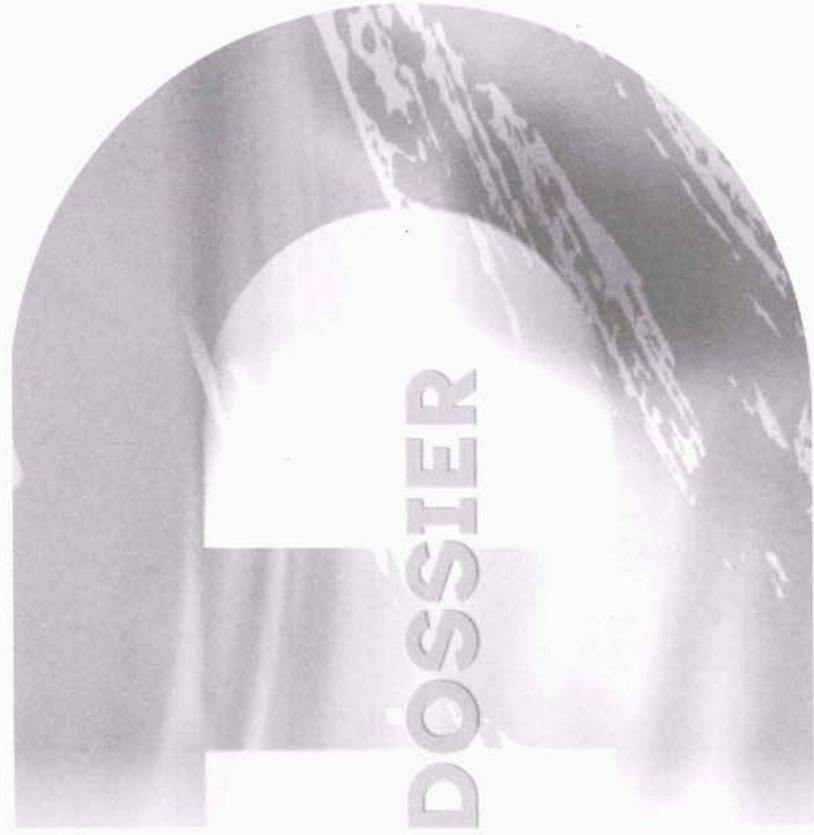
⁵³ M. GARCÍA AMIGO, «La política europea de protección del consumidor...», cit., p. 22

⁵⁴ Por aplicación do artigo 1258 do Código civil: integración do contrato.

Referencias bibliográficas

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales», no Curso *El nuevo derecho de las condiciones generales de la contratación*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 1998.
- «El anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, Burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado», *RDBB*, número 67, 1997.
- *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- BESSONE, M., *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991.
- BRANDER, H. E., y P. ULMER, «EG-Richtlinie übermissbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», *Betriebsberater (BB)*, 1991.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Armonización del Derecho de Seguro de daños en la Unión Europea*, editorial Civitas, Madrid, 1996.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., «Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS (directores), Madrid, 1992.
- CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., «La protección de los consumidores en la Europa comunitaria: de los Tratados fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht)», en *Estudios sobre Derecho del Consumo*, 2ª edición, Bilbao, 1994.
- DÍAZ FRAILE, J. M^a., «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 633, 1996.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera*, tomo I, Madrid, 1994.
- EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *RDM*, número 213, 1994.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Política y derecho del consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo», *EC*, número 34, 1995.
- FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, 1982, baixo o epígrafe «O fenómeno do consumerismo e as alterações legislativas e jurisprudenciais».
- GARCÍA AMIGO, M., «Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdera*, tomo I, Madrid, 1994.
- «La política europea de protección del consumidor y la Directiva 93/13/CEE», relatorio presentado nas *Xornadas sobre condicións xerais da contratación e da protección do consumidor*, realizadas na Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, os días 15, 16 e 17 de xuño de 1998.
- GHESTIN, J., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europa. Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990*, París, 1991.
- GONDRÁ ROMERO, J. M^a., «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA *et al.* (director), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, tomo I, Madrid, 1986.
- ILLESCAS, R., «El Derecho uniforme del comercio internacional: elementos de base», en *Estudios Homenaje a M. Broseta*, tomo II, Valencia, 1995.
- JAMIN, C., «Un droit européen des contrats?», *Le Droit privé européen (Sous dir. Pascal de Vareilles-Sommieres)*, París, 1998.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, tomo I, 5ª edición, Madrid, 1996.
- LETE ACHIRICA, «La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario», en AC, número 9, Madrid, 1998.
- MALAURIE, P., «Conclusión», *Le Droit privé européen (Sous dir. Pascal de Vareilles-Sommières)*, París, 1998.
- MARTÍNEZ DE SALAZAR, L., «Notas sobre la interpretación de las condiciones generales de la contratación», *La Ley*, año XX, número 4791, Madrid, 7 de mayo de 1999.
- MUZUAGHI, A. S., *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau. Etude de droit comparé Libye-Egypte-France*, París, 1981.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación», texto íntegro da conferencia pronunciada na Universidade de Lleida o día 11 de decembro de 1998 dentro da *Jornada Jurídica sobre Condicions Generals de la Contractació* e que foi publicada dentro do libro *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, varios autores, editado por S. ESPIAU ESPIAU, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- RUÍZ MUÑOZ, M., «Cláusulas abusivas en la CEE: ámbito de aplicación», *Cuadernos Jurídicos*, número 11, septiembre 1993.
- «Introducción a la protección jurídica de los consumidores», en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por M. Ruíz Muñoz e G. Botana García, editorial McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- «Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario», en *GJ*, D-21, 1994.
- SALVADOR CODERCH e SOLÉ I FELIÚ, *Brujas y aprendices*, Madrid, 1999.
- ULMER, P., «Las vías de unificación del Derecho Privado en Europa», *RDM*, 1993.



DOSSIER

INTRODUCCIÓN

Juan Jesús Raposo Arceo

Doctor en Derecho

Profesor E. U. Empresariales Universidad de A. Coruña

La EGAP ha organizado en las fechas al inicio señaladas unas Jornadas que con el título «Aspectos Jurídico-Económicos de las Fundaciones», han estudiado uno de los temas de mayor actualidad en el ámbito de nuestra sociedad actual, cual es el tema de las fundaciones. Estas son instituciones sin ánimo de lucro que, afectando de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general constituyen, sin lugar a dudas, un mecanismo, una vía, mediante la cual la sociedad puede desarrollarse en libertad, y conseguir el fomento y promoción de iniciativas que contribuyan a la mejora de nuestro entorno social y humano y, lo que es fundamental, sin dependencia ni constricción alguna de los poderes públicos. Son por tanto un ámbito esencial de libertad y reflejo y termómetro del nivel de protección por un Estado de la autonomía de la voluntad y de la libertad de sus ciudadanos.

En este punto es necesario indicar la importancia de los temas tratados que, de forma muy diversa y heterogénea, nos muestran un panorama muy completo del derecho de fundaciones, y por ende, del estado de las mismas en nuestro sistema jurídico actual. Empieza el relatorio de las Jornadas con una exposición que lleva por título «A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la familia del fundador», del Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, Don Car-

los J. Maluquer de Motes Bernet. Dicho autor realiza una pormenorizada exposición de la regulación normativa de la reversión en el ámbito estatal y la confronta con el tratamiento de la cuestión en el ámbito gallego. Así, en primer lugar, se ocupa de la regulación de las fundaciones en liquidación en el artículo 31 de la vigente Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (en adelante Ley 30/1994), que establece la proscripción de la reversión del patrimonio fundacional al fundador o a su familia, esto es, el destino necesario del patrimonio de una fundación en liquidación habrá de ser el de la satisfacción de intereses generales, satisfacción que podrá ser verificada por instituciones privadas de análoga índole a la de la fundación que se disuelve, supuesto en que la elección podrá ser realizada por el fundador, el Patronato o el Protectorado, por dicho orden, o bien, como señala el apartado tercero del artículo citado, por entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general.

Continúa el autor citado con un análisis de la normativa gallega, en concreto del artículo 24 de la Ley 7/1983, de 22 de junio y del artículo 39 del Código Civil. Pues bien, del análisis de ambos resulta que se aprecia una cierta contradicción entre la precitada regulación estatal, conformadora de un destino preestablecido y aparentemente inmutable de los bienes fundacionales en caso de extinción de la Fundación, donde no cabe la reversión, y la regulación gallega, de la que parece inferirse «ab initio», un mayor protagonismo de la autonomía privada, consustancial con una institución de esta naturaleza, como es toda fundación, y que nos remite a lo que la carta fundacional «prima facie» y, subsidiariamente, el artículo 39 del Código Civil, predeterminen en la materia. Y entiende que el citado artículo 39 del Código Civil no concreta tal destino sino que hace mención a tres tipos de fuentes: la ley, los estatutos y las cláusulas fundacionales.

Pasa a continuación a estudiar la normativa rectora que entiende constituida por la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y el Real Decreto de 20 de mayo de 1852 que aprueba el reglamento de aquella. De su análisis llega a la conclusión de que no procede, en el supuesto de extinción de una fundación, la reversión de los bienes a favor del patrimonio del fundador o sus sucesores. Por último analiza la Constitución de 1978 y llega a idéntica conclusión, por entender que dicho texto ratifica, en su artículo 34, la irreversibilidad de los bienes a favor del fundador, toda vez que entiende que el reconocimiento constitucional solamente tiene sentido «... cuando se realiza una fundación con una finalidad de interés general... y para que pueda desprenderse definitivamente el patrimonio de los bienes particulares del fundador o fundadores y no puedan confundirse ni ahora ni después». Concluye diciendo

que se regula el derecho de fundación en el artículo 34 del texto constitucional, esto es, a continuación del reconocimiento constitucional del derecho de propiedad (artículo 33 CE), y dado que como éste está sujeto al cumplimiento de una función social, que en ningún caso puede contravenir, constituida la fundación, adquirida por ésta personalidad jurídica se verifica una disociación perpetua entre el fundador y los bienes que destina a la fundación, toda vez que se produce «... la independencia absoluta al inicio y para siempre de los bienes que la voluntad o las voluntades particulares atribuyen a la entidad, ya que dejan de constituir bienes particulares y pasan a ser bienes de la entidad».

A continuación se incluye la ponencia de Don Carlos Vattier Fuenzalida que, con la denominación de «El régimen del patrimonio fundacional», se ocupa de éste, considerando que desempeña un papel fundamental en el mundo de las fundaciones por dos razones: primera, por cuanto es un elemento fundamental para la subsistencia de aquellas; segundo, porque es básico para la determinación del concepto legal de fundación y marca el mayor o menor intervencionismo de la normativa en la materia. Por otra parte distingue en el patrimonio fundacional dos aspectos: la composición del patrimonio y su gestión, existiendo variedad de regulaciones al respecto, admitiéndose una tendencia normativa de una gran libertad en el primer aspecto, y manteniéndose un fuerte intervencionismo en el segundo, que a veces se hace más agobiante en la legislación autonómica (ej. La ley valenciana 8/1998, de 9 de diciembre). Tras analizar dicha normativa concluye que hay dos modelos de gestión del patrimonio fundacional: «... uno que pone el acento en el control externo de la Administración y otro que confía más en el autocontrol ejercido por el Patronato».

La gran diversidad legislativa hace que el autor se ciña al Derecho estatal en vigor, mencionando también el Anteproyecto de reforma existente en dicho ámbito y presentado en el Colegio de Registradores de España el mes de abril de 2001. Analiza en primer lugar algunas características del patrimonio fundacional, señalando entre las mismas su configuración como un patrimonio separado y propio de la fundación, adscrito, destinado y vinculado a un fin, que debe existir en el momento de constituirse la fundación, que es irreversible y que constituye una masa diferenciada dentro del patrimonio de la fundación. En segundo lugar estudia la composición del patrimonio y el embargo de bienes, señalando que la fundación puede ostentar la titularidad de toda clase de bienes y derechos, incluyendo las deudas, y que deben ser susceptibles de valoración económica. Por último estudia pormenorizadamente, el régimen de los actos de disposición, refiriéndose inicialmente a las técnicas de control administrativo de los mismos: autorización previa del Protectorado y la dación de cuenta o comunicación al mismo, a las que

se une la publicidad obligatoria en el Registro de Fundaciones. A continuación distingue la tipología de actos sujetos a control y los bienes afectados por dicho control. Entiende el autor que la doctrina, de forma casi unánime, critica estos mecanismos de control, pero considera que el Anteproyecto no resuelve esta problemática, limitándose «... a mitigar algo la intervención del Protectorado».

Concluye su exposición con un análisis de la atribución de liberalidades a la fundación, señalando que «... está sujeta también a límites y restricciones, que no parecen compatibles con su plena capacidad». Y, tras analizar el régimen actual, indica que en el referenciado Anteproyecto se aproxima al régimen de autocontrol encomendado al Patronato de la fundación.

Interviene a continuación el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña Don Domingo Bello Janeiro, con una ponencia relativa a la normativa gallega de fundaciones. En la misma señala que nuestro Estatuto de Autonomía de Galicia recoge «la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego» como competencia exclusiva (cfr. artículo 27.4 E.A.G.), así como también «el régimen de fundaciones de interés gallego» (cfr. artículo 27.6 E.A.G., e indica a continuación que, mientras que la actualización de aquel no se realizó sino en fecha relativamente tardía (Ley 4/1995, de 24 de mayo), las fundaciones fueron objeto de inicial y temprana regulación en nuestra autonomía, tal como acreditan la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego y el Decreto 193/1984, de 6 de septiembre, sobre el reglamento de organización y funcionamiento del protectorado de las fundaciones de interés gallego, que fueron objeto de modificaciones ulteriores (Ley 11/1991, de 8 de noviembre, desarrollada reglamentariamente por Decreto 248/1992, de 18 de julio).

Señala Domingo Bello que dicho marco normativo habrá de ser completado en el ámbito gallego por la Ley de personal y contratación en empresas y fundaciones participadas mayoritariamente por la Xunta, aprobada el 6 de noviembre de 1996, y de la que dice «... se debe destacar su rigor ya que supone un aumento del nivel de control y una garantía de transparencia y objetividad en las actividades de dichas sociedades en lo que se refiere a la gestión económica, al control financiero y a la contratación de personal, que no tiene parangón en la legislación española».

A continuación procede a analizar la interacción en el ámbito gallego de la normativa estatal configurada por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, destacando las concordancias y divergencias con la normativa gallega sobre fundaciones.

Estudia el autor en su intervención, en primer lugar, el ámbito de

aplicación de la normativa gallega, señalando que se consideran como «fundaciones de interés gallego» aquellas que desarrollan sus funciones primordialmente en Galicia, aunque no estén domiciliadas en la Comunidad Autónoma, así como las que tengan como objetivo la consecución de fines de interés gallego pero no tengan su domicilio en Galicia y desarrollen fuera de la Comunidad sus actividades fundamentales y las que estén domiciliadas en la Comunidad Autónoma con independencia de donde se desarrollen sus actividades.

Se indica en la ponencia que uno de los aspectos centrales de la determinación del ámbito de aplicación de la legislación gallega de fundaciones viene derivado del desarrollo principal de sus actividades en Galicia, y que el complejo y extenso ámbito de aplicación puede generar conflictos de leyes con otras Comunidades, «... especialmente en el caso de fundaciones domiciliadas en Galicia que desenvuelvan su actividad principal fuera, que habrá de resolverse conforme a la legislación estatal, de acuerdo con la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver conflictos de leyes consagrado en el artículo 149.1.8».

En segundo lugar se analiza en la ponencia el proceso de constitución de fundaciones en la normativa gallega, de forma muy prolija y detallada, por lo que nos limitaremos a reseñar algunos de los enunciados más destacados por el autor. Tras destacar que la legislación gallega (cfr. artículo 2.1 de la ley gallega), a diferencia de la normativa estatal, recoge explícitamente la posibilidad de constituir fundaciones de interés gallego por personas jurídico públicas, señala que a las fundaciones subsumidas en el ámbito de aplicación de la referenciada Ley de 5 de noviembre de 1996, están sujetas a fiscalización de la Intervención General de la Xunta y además del Consejo de Cuentas, «... que le presentará su informe al Parlamento de Galicia, exigiendo que el personal y cuadros directivos de las referidas fundaciones sean contratados, mediante anuncio público de convocatoria, con respeto a los principios de mérito y capacidad». Se refiere a continuación a la capacidad, cuestión ésta en que se aplica subsidiariamente, y en defecto de normativa autonómica, la legislación estatal. Se recoge el principio de libertad de forma en la constitución, si bien en el supuesto de que ésta sea «inter vivos» se exige de modo necesario escritura pública.

En relación con la dotación patrimonial destaca Domingo Bello que frente al criterio de la permisibilidad de la dotación sucesiva, la ley gallega impone su aportación inicial, con independencia de su modificación ulterior. Se ocupa seguidamente de los requisitos exigidos para la cualificación de una fundación como «de interés gallego», y señala que la inscripción en el Registro de fundaciones de interés gallego tiene carácter constitutivo. Por último trata en este apartado el tema del gobierno de la fundación, y destaca que la normativa gallega exige que el

secretario y el presidente de la fundación, salvo que los estatutos establezcan otra cosa, sean elegidos entre los miembros del Patronato, mientras que el artículo 13.1 de la Ley 30/1984, permite que el cargo de secretario pueda recaer en una persona que no sea miembro del patronato; en cuyo caso tendrá voz pero no voto. Significa también el autor la regulación de la remuneración de los miembros del Patronato que, en el caso gallego, permite, siempre que los estatutos no lo prohiban y dentro de los límites reglamentariamente establecidos, la posibilidad de remuneración del miembro del patronato que sea apoderado general y ejerza sus funciones con dedicación exclusiva. Termina este apartado refiriéndose a la representación de la fundación, obligaciones de los miembros del patronato, el cese, la remoción y la responsabilidad de los mismos.

Finaliza Domingo Bello su exposición con un análisis de la «Gestión económica» de las fundaciones, señalando que la normativa gallega (Ley de Fundaciones y Decreto 248/1992), «... imponen el control por la Xunta de Galicia de la situación patrimonial de la fundación y de sus actividades al final de cada ejercicio económico y la formulación necesaria del presupuesto siguiente, ordinario o extraordinario, todo esto para lograr la correspondiente aprobación del Protectorado». A continuación se ocupa de los elementos que pueden integrar el patrimonio de la fundación, la regulación de la adquisición y la enajenación, en sus distintas modalidades, de los bienes del patrimonio fundacional, destacando que en la legislación autonómica (cfr. artículo 20 del Decreto 248/1992), a diferencia de la estatal, «... los órganos de gobierno de la fundación pueden libremente y bajo su responsabilidad constituir gravámenes o garantías sobre los bienes de la fundación para lo que no se requiere autorización del Protectorado, aunque sí la comunicación salvo para gravar los bienes que constituyen la dotación de la fundación que exige autorización previa».

A continuación el autor señala la posibilidad de las fundaciones de participar en sociedades mercantiles, menciona la obligación de destinar el ochenta por ciento (a diferencia de la legislación estatal que establece el setenta por ciento), de las rentas y restantes ingresos fundacionales a la actividad de la fundación, y recoge la especificidad de la normativa gallega que establece en el artículo 19 de la ley autonómica de fundaciones que las cantidades que obtenga excepcionalmente y con autorización del protectorado la fundación por sus actividades, no podrán exceder del costo real del servicio o prestación, sin margen comercial de ninguna clase. La ponencia finaliza con una breve referencia a las modificaciones estatutarias, transformaciones, agregaciones, fusiones y a la extinción de la fundación.

La Abogado del Estado, Doña Consuelo Castro Rey, interviene en las Jornadas con una ponencia titulada «Régimen Fiscal de las Fundaciones

y del Mecenazgo». En ella, tras una introducción, en que se define lo que se entiende por fundación, se describen sus caracteres y se señala el régimen jurídico vigente de las mismas, procede a un análisis pormenorizado de su régimen fiscal, indicando que, «Como premisa general, hay que señalar que en todos los tributos las fundaciones disfrutan de un régimen fiscal privilegiado, que se justifica por el interés del Estado en fomentar y proteger la contribución de los ciudadanos al logro de finalidades de interés general».

Estudia primero las fundaciones en el impuesto de sociedades, indicando que es sujeto pasivo de dicho impuesto, pero con el indicado régimen privilegiado que «... se concreta en un sistema de sujeción, pero con determinadas exenciones y reducciones, así como un tipo impositivo inferior al general». Seguidamente señala que existen dos regímenes distintos de tributación de las fundaciones, uno de mayor privilegio, reservado a fundaciones que cumplan determinados requisitos y que está regulado por la Ley 30/1984, y otro de menor privilegio, para aquellas fundaciones que no cumplan dichos requisitos, y cuya regulación aparece contenida en los artículos 133 a 135 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Procede a continuación a un análisis exhaustivo de ambos regímenes, con especial atención al primero, pasando inmediatamente a un estudio, más somero, de la incidencia de los distintos tributos sobre las fundaciones. Así se ocupa en primer lugar de las fundaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y en los tributos locales, refiriéndose en este último apartado al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, al de Actividades Económicas, y sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana.

Termina su exposición con un apartado sobre el régimen fiscal de las aportaciones a fundaciones y de otras actuaciones de mecenazgo. Considera comprendidas dentro del concepto de mecenazgo «todas aquellas modalidades de contribución privada a fines de interés general en las que no es exigible la permanencia o continuidad en la persecución del fin», e incluye dentro de las mismas tres tipos de actuaciones: las aportaciones a fundaciones, los convenios de colaboración con fundaciones y la realización directa de actividades de interés general, estudiando en cada caso los beneficios fiscales de la realización de aquellas.

Es preciso destacar la existencia en las Jornadas de dos Comunicaciones, la primera verificada por la Profesora de la Universidad de Santiago de Compostela, y experta en materia de fundaciones, Doña Antonia Nieto Alonso, cuyo título es «La Fundación. Neutralidad de sus fines». En ella analiza, con un gran aparato bibliográfico, la neutralidad de los fines de las personas jurídicas, con especial referencia a las fundaciones,

la problemática de la realización de actividades mercantiles e industriales, la figura de la Fundación-Empresa, y otras posibles manifestaciones de los objetivos heterogéneos que persiguen las Fundaciones, menciona aquí las Fundaciones Comarcales en Galicia, las Cajas de Ahorro, como fundaciones de carácter peculiar, las relaciones entre el fideicomiso, el trust y las fundaciones, y por último se refiere al papel de las fundaciones en la gestión sanitaria. Como resumen de su comunicación, concluye que defiende la «neutralidad y fungibilidad» de los fines de las personas jurídicas, y que es preciso replantearse el papel de estas instituciones sin fines lucrativos en el tráfico económico, cuestión esta, que tal como acertadamente señala, tiene en materia de Fundación-Empresa, grandes repercusiones civiles, mercantiles y laborales. Concluye con el tema de carácter constitucional de si la defensa de la neutralidad de los fines fundacionales «... encaja en el respeto al «contenido esencial» de los derechos, como el de fundación, art. 34 CE.

La segunda comunicación corresponde a Don Julio César Barreto Rocha, de la Universidad de A Coruña, y lleva por título «Neoliberalismo brasileño: das fundações privadas ás organizações sociais». Tras una introducción relativa al concepto de «neoliberalismo» y su reflejo en la normativa brasileña, procede a la elección de tres leyes que analiza pormenorizadamente: La ley de Fundações de apoyo a la Universidad, la Ley de Organizaciones Sociales, y la Ley de clasificación de Organizaciones de la Sociedad Civil de Interés Público. Y concluye con una serie de disquisiciones acerca de la incidencia de dicha normativa en una sociedad como la brasileña, con grandes diferencias de clases, fuertes tensiones sociales, enormes problemas de seguridad y graves quiebras en la propia estructura de un Estado necesitado de profundas y rápidas reformas. Señala que la cuestión en última instancia radica en determinar como cabe verificar la gerencia de recursos públicos, con estructura pública, con personal remunerado (con dichas leyes de forma dúplice) con dinero público, a partir de una estructura privada [las fundaciones]. Y se pregunta ¿Cómo responsabilizar al Estado, patrocinador de esta dualidad, incentivador de esa transferencia, beneficiario de la ingerencia, creador teratológico del ente no-privado y no público?. Señala que la doctrina siempre fue contraria a dicha amalgama de lo público y lo privado. Menciona a continuación la problemática que planteó la aplicación de las leyes referenciadas, y la dificultad que en Brasil genera la interacción público-privado.

A las ponencias y comunicaciones referenciadas se añaden, como apéndice, la normativa básica reguladora de las fundaciones, tanto estatal como la de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Terminamos nuestra referencia a las Jornadas señalando la importancia de las Fundaciones en la sociedad de nuestros días, como un meca-

nismo de que ésta dispone para intervenir en el mundo actual. En este sentido es particularmente significativa la preocupación que este tema suscita y que es apreciable, no sólo en un nivel teórico o doctrinal, del que son buena muestra las presentes Jornadas que aquí mencionamos, sino la normativa en la materia, pues en el ámbito autonómico ha sido objeto de reiterada regulación, y en el ámbito estatal se está elaborando un proyecto de ley de fundaciones y mecenazgo, cuyos rasgos básicos (según Noticiero Jurídico Aranzadi Legislación, Año III, n.º. 120), podemos resumir diciendo que son los siguientes: creación de una deducción del treinta y cinco por ciento en la cuota del impuesto sobre Sociedades y la ampliación de las actividades que están exentas de este tributo, la liberalización total de la posibilidad que tienen las fundaciones de entrar en sociedades mercantiles, puesto que se prevé la eliminación de los controles administrativos previos sobre entidades sin ánimo de lucro; la desaparición también del sistema de concesión administrativa para aplicar el régimen fiscal especial del que disfrutaban, que será sustituido por un régimen de opción. Se eximirán del Impuesto sobre Sociedades aquellas fundaciones destinadas a la asistencia social, a la sanidad, la cultura, la educación, y la investigación y desarrollo.

Por otra parte el nuevo proyecto aumentará la desgravación en la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por donaciones a estas entidades, y ampliará los supuestos que dan derecho a esa deducción, como los donativos de bienes, las aportaciones a fundaciones o las donaciones para rehabilitación y mejora de infraestructuras en ciudades Patrimonio de la Humanidad.

El objetivo de dicha norma es el impulso de la participación del sector privado en el área de interés social, en el desarrollo cultural, en prestaciones de asistencia social y en aquellas actividades no realizadas por el Estado, bien por carencia presupuestaria, bien porque parecen consustanciales con la iniciativa privada. Por último, pretende estimularse a través de dicha disposición el voluntariado social. ■

LEY 7/1983, DE 22 DE JUNIO DE RÉGIMEN DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO

TITULO PRELIMINAR

Artículo 1

1. La presente Ley será de aplicación a las Fundaciones constituidas por las personas naturales o jurídicas que destinen y afecten un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de fines generales de interés gallego y desarrollen sus funciones en Galicia en beneficio de personas no determinadas individualmente.

2. La Junta de Galicia asumirá la función de Protectorado de las Fundaciones referidas en el apartado anterior, ejerciendo las facultades que garanticen el cumplimiento de la voluntad de los fundadores y las que, a tales efectos, esta Ley establece.

3. La Junta de Galicia dispensará, igualmente, la protección conveniente, en los términos de la presente Ley, a las Fundaciones que tengan por objeto la consecución de intereses gallegos y que están domiciliados fuera de la Comunidad Au-

tónoma. El fundador podrá encomendar a la Junta la Fundación, confiándole tareas de vigilancia y salvaguardia de su voluntad.

TITULO I Constitución

Artículo 2

1. Cualquier persona natural o jurídica puede constituir Fundaciones de interés gallego, que se atendrán a las prescripciones de la presente Ley.

2. La finalidad de la Fundación debe ser lícita y duradera, servir al interés general de Galicia y beneficiar a personas no individualmente determinadas.

Artículo 3

1. La voluntad fundacional puede manifestarse en cualquier forma susceptible de producir efectos jurídicos.

2. Las Fundaciones pueden constituirse por actos «intervivos» o «mortis causa».

Artículo 4

1. La constitución por actos «intervivos» deberá hacerse mediante escritura pública, en la que constará la carta fundacional.

2. En el acto fundacional «mortis causa», el fundador puede otorgar, por sí mismo, la carta fundacional o designar a otras personas para su otorgamiento, las cuales deberán pedir su inscripción en el Registro, cumpliendo los requisitos establecidos en la presente Ley.

Artículo 5

La escritura pública de la carta fundacional comprenderá, sin perjuicio de todas aquellas condiciones lícitas que los fundadores establezcan, los siguientes extremos:

a) Las circunstancias que acrediten la personalidad de los fundadores, sean personas naturales o jurídicas, y determinen su capacidad para constituir una Fundación.

b) La voluntad de constituir una Fundación de interés gallego, conforme a los preceptos de esta Ley.

c) Los Estatutos que regularán el funcionamiento de la Fundación, con arreglo a las disposiciones del artículo 6.º.

d) La dotación inicial de la Fundación, con la descripción y la naturaleza de los bienes y los derechos que la integran, su pertenencia y sus cargas y el título de aportación.

e) La designación de las personas naturales o jurídicas que deban constituir el órgano de gobierno inicial de la Fundación.

Artículo 6

Los Estatutos de la Fundación comprenderán, además de las condiciones lícitas que en ellas se establezcan, los siguientes extremos:

a) Denominación de la Fundación.

b) Su objeto y finalidad fundacional.

c) Domicilio de la Fundación y lugares en que vayan a radicar sus establecimientos o delegaciones.

d) Las reglas para la aplicación de las rentas al objeto fundacional y para la determinación de los beneficiarios.

e) El órgano que tenga a su cargo la representación y gobierno de la Fundación, con expresión de su régimen, composición, reglas para la designación y renovación de sus miembros, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.

Artículo 7

1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y derechos de cualquier tipo.

2. La Fundación no puede constituirse sin una dotación inicial, aunque se exprese en los Estatutos el compromiso de dotación sucesiva periódica a cargo del fundador o de terceras personas.

3. La dotación inicial suficiente para el cumplimiento de sus fines podrá ser incrementada posteriormente por el fundador o terceras personas.

4. Los modos y las cargas que graven los bienes aportados no pueden absorber su valor. Tampoco pueden significar unos gastos anuales que impidan el destino de un parte de las rentas a los fines fundacionales, salvo que el Protectorado autorice la aportación atendiendo al interés de la Fundación.

5. A la realización de la finalidad fundacional debe ser destinado, cuando menos, el 80 por 100 de las rentas que obtenga la Fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación de la Fundación.

Artículo 8

1. La Fundación se entenderá válidamente constituida como de interés gallego desde el otorgamiento de la carta fundacional en escritura pública, siempre

que, una vez reconocida por la Junta de Galicia, se inscriba en el Registro de Fundaciones de la misma.

2. La personalidad jurídica de las Fundaciones de interés gallego nace desde su inscripción en tal Registro.

Artículo 9

El órgano de gobierno de una Fundación no inscrita puede, dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones, que consideren inaplazables, en nombre o interés de aquélla, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la Fundación cuando se produzca la inscripción. En caso contrario, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que hayan contratado.

Artículo 10

Las modificaciones posteriores del contenido de los Estatutos, los actos de fusión, agregación y extinción, y las sucesivas renovaciones del órgano de gobierno deben inscribirse obligatoriamente en el Registro de Fundaciones de interés gallego de la Junta de Galicia, con los mismos requisitos que la carta fundacional.

Artículo 11

1. La inscripción en el Registro de Fundaciones de interés gallego sólo puede ser denegada si los documentos no se ajustan a las disposiciones de esta Ley.

2. El Registro es público y las certificaciones que expide dan fe de su contenido.

TÍTULO II

Gobierno

Artículo 12

Las Fundaciones se regirán por el órgano de gobierno establecido por el fundador, que ostentará su representación y abarcará todas las facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales.

Artículo 13

Salvo que el fundador haya establecido expresamente una composición más reducida para el órgano de gobierno éste se compondrá como mínimo de tres miembros, eligiendo en su seno, a no ser que otra cosa dispongan los Estatutos Presidente y Secretario.

Artículo 14

1. Pueden ser miembros del órgano de gobierno de la Fundación quienes tengan plenitud de su capacidad de obrar y no estén inhabilitados para el ejercicio de un cargo público. Cuando sea miembro nato una persona incapacitada, actuará en su nombre su representante legal.

2. Las personas jurídicas pueden integrarse en los órganos de gobierno de la fundación, designando la persona natural que las represente.

3. Si los Estatutos no lo prohíben, el órgano de gobierno puede delegar sus facultades en uno, o más de uno, de sus miembros y nombrar apoderados generales o especiales con funciones y responsabilidades mancomunadas o solidarias. No son delegables la aprobación de las cuentas, la formulación de presupuestos, la enajenación y el gravamen de los bienes inmuebles y de los valores mobiliarios no cotizados en la Bolsa, ni cualquier otro acto que necesite la autorización o aprobación del Protectorado.

Artículo 15

1. Los legítimos representantes de las Fundaciones podrán aceptar herencias, legados y donaciones.

2. Las herencias a favor de una fundación se entienden aceptadas siempre a beneficio de inventario.

3. Las herencias y legados a favor de una Fundación no pueden ser repudiadas, ni las donaciones rechazadas sin la autorización previa y expresa del Protectorado.

4. Para la aceptación de legados y donaciones con carga será necesaria, asimismo, la autorización expresa del Protectorado.

Artículo 16

Los miembros del órgano de gobierno de la Fundación están obligados a:

1. Cumplir y hacer cumplir estrictamente los fines fundacionales, de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos de la Fundación.

2. Conservar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas.

3. Servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establezca la Ley y los Estatutos.

Artículo 17

1. Los miembros de los órganos de gobierno de la fundación son responsables, frente a ella, en los términos que establezcan las leyes. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieren al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción.

2. La acción de responsabilidad será ejercida ante los Tribunales por la misma Fundación por el Protectorado o por quienes estén legitimados de acuerdo con las Leyes.

Artículo 18

Las fundaciones a que se refiere esta Ley están obligadas, en el cumplimiento de sus fines, a dar publicidad suficiente de sus objetivos y actividades.

Artículo 19

Las cantidades que, excepcionalmente y con autorización del Protectorado, pueda percibir una Fundación de sus beneficiarios no podrán exceder del coste real del servicio o prestación, sin margen comercial de ninguna clase.

Artículo 20

1. Los bienes inmuebles de la Fundación destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de la finalidad fundacional, sólo podrán ser enajenados a título oneroso, en las condiciones establecidas por el fundador o en las que señale el Protectorado para cada caso.

2. Los demás bienes y derechos podrán ser enajenados solamente para reinvertir el precio en otros de la misma naturaleza si el Protectorado, en el plazo de tres meses a partir de la comunicación del órgano de gobierno, no se opusiere.

3. No podrán gravarse bienes de la dotación o consumir una parte de éstos sin autorización previa del Protectorado.

Artículo 21

1. La actividad contable de las Fundaciones debe ajustarse a las normas de contabilidad general española y a las exigencias de la legislación fiscal que, en uno y otro caso, les sean aplicables. Los registros y comprobantes de contabilidad serán aquellos que, de acuerdo con el volumen de su patrimonio y la naturaleza de sus actividades basten, para garantizar la veracidad de los datos contenidos en sus inventarios y presupuestos.

2. Cada año, el órgano de gobierno de la Fundación formulará un inventario-balance cerrado al 31 de diciembre que refleje con claridad y exactitud la situación patrimonial de la entidad en aquella fecha, y una memoria de las actividades realizadas durante el año y de la gestión económica del patrimonio, suficiente para conocer y justificar el cumplimiento de la finalidad fundacional y de los preceptos legales de aplicación. Asimismo, practicará la liquidación del presupuesto

de ingresos y de gastos del año anterior y formulará el correspondiente al ejercicio siguiente. El plazo para la elaboración de estos documentos y para su presentación al Protectorado será de seis meses a contar desde la fecha del ejercicio.

Artículo 22

El Protectorado de la Junta de Galicia comprende las facultades necesarias para garantizar el cumplimiento de la voluntad de los fundadores en los términos de la presente Ley.

Corresponde, en particular, al Protectorado:

a) Llevar el Registro de Fundaciones de interés gallego.

b) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada Fundación y la salvaguardia del interés gallego.

c) Verificar si los recursos económicos de la Fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.

d) Promover e intervenir en los procedimientos de modificación, agregación, fusión o extinción de Fundaciones.

e) Promover ante los Tribunales la remoción de los miembros del órgano de gobierno de la Fundación en el caso de grave incumplimiento de las obligaciones estatutarias o disposiciones de la presente Ley.

Podrán también interesar la suspensión previa de los mismos durante el trámite o procedimiento.

f) Asumir provisionalmente la gestión de las actividades de la Fundación cuando el órgano de gobierno hubiese hecho dejación de sus funciones o se hallare suspendido en las mismas por decisión judicial.

g) Promover y ser parte de toda clase de procedimientos relacionados con la presente Ley.

h) Tramitar y resolver los expedientes de autorización a que se refiere esta Ley.

Artículo 23

Los acuerdos del Protectorado sujetos a Derecho Administrativo serán recurribles en vía administrativa y, en su caso,

ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 24

La extinción de una Fundación o su transformación por agregación o fusión, procederá por las causas previstas en la carta fundacional y en los supuestos establecidos en el artículo 39 del Código Civil, dándole a los bienes y derechos el destino predeterminado en dichas disposiciones.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.- En el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, la Junta de Galicia aprobará el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones.

Segunda.- Constituido el Protectorado, éste asumirá las funciones que en la actualidad realiza la Administración del Estado sobre las Fundaciones sometidas al régimen de la presente Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- En el término de dos años, las Fundaciones constituidas con anterioridad y sujetas a esta Ley deberán adaptar sus Estatutos a los preceptos de la misma y presentarlos en el Registro de Fundaciones de la Comunidad.

Segunda.- El incumplimiento de la obligación precitada determinará la suspensión de la actividad de la fundación y la exigencia de responsabilidad a los patronos.

**DECRETO 193/1984, DE 6 DE SEPTIEMBRE (DOG N.º 22,
DE 31 DE ENERO DE 1985) DE LA CONSELLERÍA DE LA
PRESIDENCIA). REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y
FUNCIONAMIENTO DEL PROTECTORADO DE LAS
FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO**

El artículo 34 de la Constitución (Rep. Leg. 1978, 2836) reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, el Estatuto de Galicia (R. 1981, 631) señala en su artículo 27 como de la competencia exclusiva de nuestra Comunidad Autónoma «el régimen de las fundaciones de interés gallego» y el Parlamento de Galicia aprobó la Ley 7/1983, de 22 de junio (R. 1106), de régimen de fundaciones de interés gallego, estableciendo en su disposición adicional primera que la Xunta de Galicia aprobará el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones.

El presente Decreto pretende así desarrollar la Ley de Galicia 7/1983, de 22 de junio (citada), y regular de un modo unitario el Protectorado de las fundaciones.

En su virtud, a propuesta del Concelleiro de la Presidencia y previa deliberación del Consello da Xunta, en su reunión del día seis de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro, dispongo:

CAPÍTULO I

Normas Generales

Artículo 1º

Se regirán por este Reglamento las fundaciones constituidas con fines de interés gallego y que desarrollen sus funciones en el territorio de la Comunidad Autónoma en beneficio de personas no determinadas individualmente.

Artículo 2º

Tendrán carácter de fundaciones de interés gallego las que así sean declaradas por los órganos competentes de la Xunta de Galicia, conforme a la Ley de Galicia 7/1983, de 22 de junio (R. 1106) y sean inscritas en el Registro correspondiente.

Artículo 3º

Serán requisitos esenciales para la calificación de las fundaciones como de interés gallego:

- a) Que tengan una finalidad lícita y duradera que sirva el interés de Galicia.
- b) Que los destinatarios de sus beneficios sean esencialmente colectividades indeterminadas de personas.
- c) Que sus prestaciones sean gratuitas, salvo que excepcionalmente se autorice por el Protectorado el percibo de alguna cantidad de los beneficiarios, la cual sólo será exigible dentro de los límites previstos en el artículo 15 del presente Decreto.
- d) Que los gastos de administración no excederán de los máximos previstos en el artículo 30.2 del presente Decreto.
- e) Que los beneficiarios de sus prestaciones carezcan de medios económicos suficientes para obtener beneficios o resultados análogos a título oneroso, salvo que se trate de prestaciones de índole no exclusivamente económica, en cuyo caso habrá de distribuirse en atención a los méritos de los a ellas aspirantes.

Artículo 4º

1. Corresponde a la Xunta de Galicia, a través de las Consellerías competentes

por razón de la materia. el ejercicio del Protectorado sobre las fundaciones definidas en este Reglamento.

2. El Protectorado tendrá las facultades necesarias para garantizar el cumplimiento de la voluntad de los fundadores en los términos de la Ley de Galicia 7/1983 (citada), y de modo específico los que se recogen en los puntos a) al h) del artículo 22 de la misma.

Artículo 5º

La declaración de interés gallego, a la que será previa la clasificación a que se refiere el artículo 48, se hará por Orden de la Consellería competente.

CAPÍTULO II

Gobierno de las fundaciones

Artículo 6º

1. Las fundaciones se regirán por el órgano de gobierno establecido por el fundador, que ostentará su representación y abarcará todas las facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales, con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Galicia 7/1983, de 22 de junio, en este Decreto y en los estatutos.

2. Los fundadores que sean personas físicas podrán reservarse durante su vida el ejercicio de todas las competencias asignadas a los órganos de gobierno de la fundación.

3. Cuando la dirección de la fundación esté encomendada a una persona jurídica la ejercerá ésta por medio de sus órganos de gobierno.

Artículo 7º

1. Pueden ser miembros de los órganos de gobierno de una fundación quienes tengan capacidad jurídica y de obrar, y no estén inhabilitados para el ejercicio de un cargo público.

2. El cambio de miembro de los órganos de gobierno de una fundación es per-

sonal y no delegable, salvo lo previsto en los siguientes números de este artículo.

3. Cuando sea miembro nato una persona incapacitada, actuará en su nombre su representante legal.

4. Las personas jurídicas que formen parte, con otros miembros, del órgano de gobierno de una fundación, deberán designar la persona física que las represente.

Artículo 8º

1. Para iniciar el ejercicio de sus funciones, los titulares de los órganos de gobierno de las fundaciones habrán de aceptar el nombramiento.

2. Dicha aceptación puede recogerse en el acto de otorgamiento de la carta fundacional, en escritura pública independiente o en otro documento cuyas firmas sean legitimadas.

3. Una vez aprobada la designación deberá inscribirse en el correspondiente Registro de fundaciones.

Artículo 9º

1. Si los Estatutos no lo prohíben, el órgano de gobierno puede delegar sus facultades en uno, o más de uno, de sus miembros y nombrar apoderados generales o especiales con funciones y responsabilidades mancomunadas o solidarias. No son delegables la aprobación de cuentas, la formulación de presupuestos, la enajenación y el gravamen de los bienes inmuebles y de los valores mobiliarios no cotizados en Bolsa, ni cualquier otro acto que necesite la autorización o aprobación del Protectorado.

2. Las delegaciones de facultades deberán presentarse a inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 10º

1. Las vacantes que se produzcan entre los miembros de los órganos de gobierno de las fundaciones, habrán de ser cubiertas con arreglo a sus estatutos y si ello no fuera posible, se dará cuenta al Protectorado, quien promoverá la oportuna modificación estatutaria.

2. El Protectorado proveerá en el plazo de un mes en los supuestos en que la fundación quede sin titulares de sus órganos de gobierno, así como en aquellos en que su nombramiento no se ajuste a lo dispuesto en sus estatutos.

Artículo 11º

Son obligaciones de los miembros de los órganos de gobierno de las fundaciones:

1. Cumplir fines de la fundación, concurrir a las reuniones de sus órganos de gobierno y desempeñar el cargo con la diligencia de un representante legal y con arreglo a la Ley de Galicia 7/1983, de 22 de junio (citada) a este Decreto y a los estatutos.

2. Conservar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismo, según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas.

Artículo 12º

1. Los miembros de los órganos de gobierno de la fundación son responsables frente a la fundación en los términos previstos en las leyes. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieran al acuerdo determinante de la misma, y los que no participaran en la adopción de la misma.

2. La acción de responsabilidad se entablará en nombre de la fundación y ante la jurisdicción ordinaria:

a) Por el propio órgano encargado del gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el miembro afectado.

b) Por el Protectorado.

c) Por quienes están legitimados de acuerdo con las leyes.

3. El ejercicio de la acción de responsabilidad y la sentencia firme que recaiga, se inscribirán en el correspondiente Registro de fundaciones.

Artículo 13º

1. El cese de los miembros de los órganos de gobierno de una fundación se producirá en los supuestos siguientes:

a) Por muerte, incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad.

b) Por encontrarse en cualquiera de los supuestos previstos en los números 2 y 3 del artículo 237 del Código Civil.

c) Por sentencia firme que acoja la acción de responsabilidad prevista en el artículo 12.

d) Por dejar de desempeñar el cargo en razón del cual fueron designados.

e) Por renuncia, aceptada por el órgano de gobierno de la fundación.

f) Por sentencia firme declaratoria de la remoción de sus obligaciones frente a la fundación, adoptado por el Protectorado en virtud de expediente.

2. La suspensión temporal de los mismos podrá ser acordada por el Protectorado en los siguientes casos:

a) Cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad prevista en el número 2 del artículo anterior.

b) Cuando se decrete su procesamiento por cualquier delito.

c) Cuando se promueva ante los Tribunales la remoción a que se refiere el punto f) del número anterior.

d) En supuesto contemplado en el artículo 14.

Artículo 14º

1. Habiendo fundada sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de uno o varios de los miembros del órgano de gobierno de una fundación, los restantes miembros de dichos órganos deberán dar cuenta de ella al Protectorado. Los beneficiarios de la fundación podrán asimismo poner en conocimiento de los órganos de gobierno de ésta y del Protectorado la existencia de tales irregularidades de gobierno.

2. El Protectorado previas las diligencias que estime pertinentes, podrá adoptar motivadamente toda clase de medidas cautelares, incluso la suspensión de los denunciados en el ejercicio de sus cargos.

En casos muy graves y si la irregularidad afectara a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno y dirección de la fundación, podrá nombrarse un comisario especial que sustituya a aquel en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se regularice su composición.

3. El Protectorado, de oficio y por causa justificada, podrá adoptar las medidas cautelares a que se refiere el presente artículo.

Artículo 15^a

1. Para que la fundación pueda excepcionalmente percibir algunas cantidades de sus beneficiarios, deberá de estar autorizada al efecto por el Protectorado.

2. En ningún caso dichas percepciones podrán exceder del coste real del servicio o prestación.

3. La fundación emitirá al Protectorado, junto a la petición de la aprobación de las tarifas de sus servicios, un estudio justificativo del cálculo de las mismas.

4. Las tarifas y su aprobación se anotarán en el correspondiente Registro de fundaciones.

Artículo 16^a

1. El Protectorado de la Xunta de Galicia comprende las facultades necesarias para garantizar el cumplimiento de la voluntad de los fundadores en los términos de la presente Ley.

Corresponde, en particular, al Protectorado:

a) Llevar el Registro de fundaciones de interés gallego.

b) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada fundación y la salvaguarda del interés gallego.

c) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.

d) Promover e intervenir en los procedimientos de modificación, agregación, fusión o extinción de fundaciones.

e) Promover ante los Tribunales la remoción de los miembros del órgano de gobierno de la fundación en el caso de

grave incumplimiento de las obligaciones estatutarias o disposición de la presente Ley.

Podrán también interesar la suspensión previa de los mismos durante el trámite o procedimiento.

f) Asumir provisionalmente la gestión de las actividades de la fundación cuando el órgano de gobierno hubiese hecho dejación de sus funciones o se hallare suspendido en las mismas por decisión judicial.

g) Promover y ser parte en toda clase de procedimientos relacionados con la presente Ley.

h) Tramitar y resolver los expedientes de autorización a que se refiere esta Ley.

2. El ejercicio de las facultades integrantes del Protectorado corresponde de acuerdo con la clase de las fundaciones a las siguientes Consellerías:

a) Consellería de Educación y Cultura.- Las fundaciones culturales destinadas a la educación, investigación científica y técnica o cualquier otra actividad cultural.

b) Consellería de Trabajo, Seguridad Social y Emigración.- Fundaciones laborales en beneficio de los trabajadores de un centro o empresa para realizaciones asistenciales y las fundaciones de carácter benéfico y asistencial.

c) Consellería de Sanidad y Consumo.- Fundaciones de beneficencia particular destinadas a la satisfacción de necesidades sanitarias de sus beneficiarios.

Artículo 17^o

1. Todas las fundaciones están obligadas a dar publicidad suficiente a su objeto y actividades para que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios.

2. En la Memoria anual habrá de consignar la forma como han dado cumplimiento a la obligación establecida en el número anterior. Dicha Memoria será pública y cualquier persona podrá en todo momento consultarla e informarse sobre ella, en la fundación o en Protectorado.

CAPÍTULO III

Gestión económica de las fundaciones

Artículo 18º

Las fundaciones que estén constituidas regularmente de acuerdo con los preceptos de la Ley de Galicia 7/1983, de 22 de junio (citada) y de este Decreto podrán poseer toda clase de bienes, ajust

Las fundaciones que estén constituidas regularmente de acuerdo con los preceptos de la Ley de Galicia 7/1983, de 22 de junio (citada) y de este Decreto podrán poseer toda clase de bienes, ajustándose en sus actos de disposición y administración a las normas que le sean aplicables y destinando sus frutos, rentas y productos a los objetivos de la institución, con arreglo a las previsiones de sus estatutos.

Artículo 19º

1. Los bienes que integran el patrimonio de las fundaciones culturales privadas deberán estar a nombre de las mismas y constarán en sus inventarios.

2. Los inmuebles deberán inscribirse a nombre de la fundación en el Registro de la Propiedad. Los demás bienes susceptibles de inscripción deberán inscribirse en los Registros correspondientes.

3. Los fondos públicos y los valores mobiliarios, industriales o mercantiles deberán depositarse, también a nombre de la fundación, en establecimientos bancarios.

Artículo 20º

1. Los legítimos representantes de las fundaciones podrán aceptar herencias y legados. Las herencias se entienden siempre a beneficio de inventario.

2. Las herencias y legados a favor de una fundación no pueden ser repudiadas, ni las donaciones rechazadas sin la autorización previa y expresa del Protectorado.

3. Para la aceptación de donaciones y legados con carga será necesaria la autori-

zación expresa del Protectorado, que deberá concederse si se justifica que las rentas y frutos de los bienes donados o legados son suficientes para atender las cargas de que se trate.

Artículo 21º

1. Las fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades.

2. En los demás casos, las fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles, sin previa y expresa autorización del Protectorado.

3. Cuando una fundación resultare ser accionista mayoritario de una sociedad mercantil o industrial, dará cuenta de ello inmediatamente al Protectorado.

Artículo 22º

1. Los bienes inmuebles de la fundación destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de la finalidad fundacional, solo podrán ser enajenados a título oneroso, en las condiciones establecidas por el fundador o en las que señale el Protectorado para cada caso.

2. Para la venta, permuta, cesión gratuita o gravamen de sus bienes inmuebles o de los establecimientos industriales o mercantiles que eventualmente posean. Las fundaciones deberán obtener previa autorización del Protectorado. La cesión gratuita sólo será autorizada para fines de utilidad pública o interés social apreciado por el Protectorado y con sujeción a las siguientes normas:

a) La fundación la solicitará, acompañando a su instancia la certificación del acuerdo de la venta, permuta, cesión o gravamen de que se trate, suficientemente motivado y adoptado como mínimo por mayoría de los dos tercios de los miembros de su órgano de gobierno y una valoración razonada de los bienes a vender, permutar, ceder o gravar.

b) El Protectorado, antes de conceder la autorización, podrá disponer que se lleve a cabo una comprobación de las valoraciones presentadas por la fundación.

c) Las ventas se llevarán a cabo mediante subasta pública. No obstante la fundación podrá solicitar la dispensa de la subasta, y el Protectorado teniendo en cuenta las razones alegadas, accederá a la petición o la denegará. La dispensa de las formalidades de la subasta quedará condicionada a que la venta no se lleve a efecto por precio inferior al que resulte de la valoración efectuada por la fundación, necesariamente comprobada por el Protectorado de acuerdo con lo establecido en los apartados a) y b).

3. También será preceptiva la autorización del Protectorado para comprometer en árbitros de Derecho o de equidad.

Artículo 23º

1. Las fundaciones podrán disponer en bolsa de los valores que sean de su propiedad y se coticen en ella sin necesidad de autorización del Protectorado, siempre que la venta se haga el precio de cotización pero deberán reflejar en la Memoria anual la justificación de la venta y el destino del precio percibido.

2. Cuando las fundaciones se propongan realizar ventas de otros bienes integrantes de su patrimonio, tales como valores no cotizables en Bolsa, maquinaria, mobiliario, objetos de interés arqueológico, histórico o artístico, etc., se ajustarán a las siguientes reglas:

a) El acuerdo habrá de ser motivado y se adoptará en su caso, por mayoría de los dos tercios de los miembros del órgano rector de la fundación que se recogerá suficientemente motivado en el libro de actas. Se practicará una valoración razonada y detallada de los bienes de que se trate.

b) Se remitirán al Protectorado copias certificadas del acuerdo y de la valoración. El Protectorado podrá pronunciarse sobre la justificación de la venta y disponer la comprobación de las valoraciones.

c) Transcurridos tres meses desde la fe-

cha de presentación de los documentos prevista en el número anterior, se entenderá que el Protectorado no se opone a la venta.

d) En los supuestos de que se trate de objetos de interés arqueológico, histórico o artístico, etc., serán de aplicación las normas específicas vigentes sobre la materia.

Artículo 24º

1. Las fundaciones podrán concertar operaciones de crédito siempre que, aislado o conjuntamente con otras anteriores, no hayan de abonar anualmente por intereses y amortización una cantidad que exceda del treinta por ciento de sus ingresos ordinarios. En otro caso, necesitarán autorización previa del Protectorado.

2. Las incidencias de las operaciones de crédito de que se trate habrán de reflejarse en la memoria anual.

Artículo 25º

1. Será necesaria la autorización del Protectorado para la adquisición del Protectorado para la adquisición de bienes muebles o inmuebles, cuando su precio exceda del cincuenta por cien de los ingresos ordinarios anuales. El acuerdo de compra y la autorización del Protectorado se registrarán por las normas del artículo 23.

2. Será también necesaria la autorización del Protectorado para la inversión en obras extraordinarias de conservación y reparación de inmuebles propiedad de la fundación.

CAPÍTULO IV

Contabilidad y presupuesto de las fundaciones

Artículo 26º

1. La actividad contable de las fundaciones debe ajustarse a las normas de contabilidad general española y a las exigencias de la legislación fiscal que, en y

uno y otro caso le sean aplicables. Los registros y comprobantes de contabilidad serán aquellos que, de acuerdo con el volumen de su patrimonio y la naturaleza de sus actividades, basten para garantizar la veracidad de los datos contenidos en sus inventarios y presupuestos.

2. En todo caso, las fundaciones deberán llevar el libro de inventarios y balances, el libro de presupuestos, el diario y el libro de actas, los cuales deberán ser previamente autorizados mediante el sellado de todos los folios y una diligencia en la que conste el número de ellos.

3. Podrán asimismo llevar los libros que estimen convenientes según el sistema de contabilidad adoptado.

Artículo 27°

1. El libro de inventarios y balances se abrirá con el inventario de los bienes que constituyen la dotación inicial de la fundación, y en él se anotarán las altas y bajas de los bienes patrimoniales y los balances de situación al cierre de cada ejercicio económico.

2. El libro de presupuestos se abrirá con el presupuesto ordinario; en él se anotarán seguidamente la liquidación del mismo y los sucesivos presupuestos ordinarios y extraordinarios y sus liquidaciones.

Artículo 28°

Los asientos de los libros diario y de actas se practicarán con arreglo a lo previsto en el Código de Comercio.

Artículo 29°

El ejercicio económico será anual y coincidirá con el año natural, salvo que los estatutos determinen otra cosa respecto a las fechas de iniciación y cierre.

Artículo 30°

1. Las fundaciones confeccionarán para cada ejercicio económico un presupuesto ordinario. En él se recogerán los ingresos y los gastos corrientes. En los in-

gresos se comprenderán cuantos perciba la institución por cualquier concepto. En los gastos se mencionarán por separado los gastos generales.

2. Los gastos generales o de administración, en los que estará incluida la cantidad a satisfacer en concepto de tasas parafiscales, no podrán exceder del diez por ciento de los ingresos anuales ordinarios que, por todos los conceptos perciba la fundación, acompañada de la justificación suficiente, el importe de los gastos de administración podrá exceder del diez por ciento.

3. Las fundaciones deberán destinar los excedentes de ingresos a incrementar su capital.

Artículo 31°

Las inversiones de primer establecimiento y las reparaciones o mejoras extraordinarias de los bienes e instalaciones de la fundación sólo podrán llevarse a cabo de acuerdo con el presupuesto extraordinario que se confeccionará al efecto.

Artículo 32°

1. Los presupuestos de las fundaciones, tanto ordinarios como extraordinarios, serán siempre nivelados, no excediendo nunca las previsiones de los gastos de las de los ingresos.

2. Los presupuestos ordinarios se presentarán al Protectorado, en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha del cierre del ejercicio económico.

Artículo 33°

Las liquidaciones de los presupuestos ordinarios expresarán:

a) En la parte relativa a los ingresos: 1.º) los obtenidos por las fuentes de ingreso ordinarias, 2.º) las cantidades ingresadas por circunstancias y operaciones extraordinarias; 3.º) los fondos que se hayan reservado para una aplicación específica; 4.º) los ingresos que se obtengan por la enajenación o liquidación de elementos patrimoniales que constituyeran reservas tácitas.

b) En la parte relativa a los gastos: 1.º) el detalle de los gastos generales o de administración; 2.º) el detalle de los gastos propios de los fines fundacionales; 3.º) el detalle de los gastos o quebrantos extraordinarios.

Artículo 34º

1. Los presupuestos extraordinarios comprenderán como gastos, además de los conceptos que lo determinen, los que originen las operaciones financieras que, en su caso, se lleven a cabo para nivelarlos. En los ingresos se consignarán los sobrantes de las liquidaciones de los presupuestos ordinarios, los procedentes de ventas de elementos patrimoniales, las subvenciones públicas, los donativos particulares y las operaciones de crédito que se realicen.

2. Las fundaciones que se propongan nivelar un presupuesto extraordinario con operaciones de crédito deberán tener en cuenta lo previsto en el artículo 24.

3. Con arreglo a lo previsto en la Ley de Galicia 7/1983, de 22 de junio, de Régimen de fundaciones de interés gallego, las fundaciones habrán de recabar del Protectorado la aprobación de sus presupuestos extraordinarios. A tal efecto deberán solicitarla, acompañando a la petición los estudios técnicos y económicos que hayan servido de base al acuerdo de la realización de las inversiones, reparaciones o mejoras determinantes del presupuesto de que se trate. También deberán mencionar el plazo en el cual se llevarán a cabo los trabajos correspondientes y se practicará la liquidación de dichos presupuestos extraordinarios.

4. Las liquidaciones de los presupuestos extraordinarios serán confeccionadas en forma análoga a lo previsto en el artículo anterior.

Artículo 35º

La contabilidad deberá cerrarse a 31 de diciembre de cada año, mediante un balance que reflejará, con claridad y exactitud, la situación patrimonial de la fundación.

Artículo 36º

1. Dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio económico la fundación confeccionará la liquidación del presupuesto ordinario y el balance correspondiente al ejercicio anterior, así como de una memoria de las actividades realizadas durante el año de la gestión económica del patrimonio, suficiente para que su lectura pueda obtenerse una representación exacta del cumplimiento de la finalidad fundacional y de la situación patrimonial de la entidad. En la memoria se especificarán también los cambios producidos en la inversión del patrimonio fundacional y en la composición de los órganos de gobierno y dirección de la fundación.

2. La fundación remitirá al Protectorado, antes del día 1 de julio de cada año, dos ejemplares del presupuesto ordinario del año anterior, de su liquidación, del balance y de la memoria, debidamente firmados y acompañados de una certificación que acredite que tales documentos son fiel reflejo de los libros de contabilidad.

Artículo 37º

Cuando se hayan concluido los trabajos y operaciones previstos en el artículo 34 y se haya confeccionado la liquidación del correspondiente presupuesto extraordinario, la fundación aprobará ésta y la remitirá al Protectorado juntamente con una memoria que explique las vicisitudes de la ejecución y financiación de las obras y trabajos de que se trate.

CAPÍTULO V

Modificación, fusión y extinción de las fundaciones

Artículo 38º

La modificación de los estatutos de una fundación será posible:

a) Para completar las previsiones estatutarias, por insuficiencia o deficiencia

notoria de éstas y siempre que no se altere la voluntad fundacional.

b) Para adecuar a las nuevas circunstancias sobrevenidas los fines de la fundación o los medios para llevarlos a cabo. En estos supuestos será preciso que la modificación sea conforme con la voluntad fundacional, expresa o racionalmente presumible.

Artículo 39°

1. El expediente incoado para la modificación de los estatutos comprenderá necesariamente:

a) La exposición razonada de la causa determinante de la modificación.

b) La justificación del cumplimiento de los requisitos establecidos por el fundador, en su caso

c) El contenido de la modificación, que habrá de alejarse lo menos posible de la voluntad del fundador.

d) Un estudio económico suficiente sobre su viabilidad y el programa de adaptación de las instalaciones, cuando proceda.

2. El Protectorado adoptará el acuerdo precedente, el cual, si supone aceptación de la propuesta, se inscribirá en el Registro de fundaciones.

Artículo 40°

La fusión de dos o más fundaciones será posible únicamente cuando se den las condiciones previstas en la letra b) del artículo 38.

El acuerdo de fusión se adoptará por las fundaciones interesadas y, una vez aprobado por el Protectorado, será objeto de inscripción en el Registro de fundaciones.

Artículo 41°

Cuando sea totalmente imposible la actuación de una o más fundaciones con arreglo a sus previsiones estatutarias, por haber variado las circunstancias que presidieron su constitución, el Protectorado requerirá a los órganos de aquélla o aquéllas para que, en el plazo que prudencial-

mente señale, promuevan la modificación o fusión oportunas; si este requerimiento no fuera atendido, el Protectorado podrá acordar la modificación, previo dictamen favorable del Consejo del Estado, o solicitar de la autoridad judicial la disolución o la fusión de esas fundaciones, siempre que en este último caso sea análogo el objeto de las fundaciones afectadas.

Artículo 42°

Cuando la ejecución de acuerdos de modificación o fusión implique operaciones cuya realización supere el ejercicio económico, las memorias anuales recogerán la situación de dichas operaciones al cierre de cada ejercicio, hasta la conclusión de las mismas.

Artículo 43°

La extinción de las fundaciones procederá cuando así lo prevean sus estatutos o su carta fundacional y en los supuestos contemplado en el artículo 39 del Código Civil.

Artículo 44°

1. El expediente incoado para la extinción de una fundación comprenderá necesariamente:

a) La exposición razonada de la causa determinante.

b) El balance de la fundación.

c) La propuesta de designación de liquidadores, el programa de su actuación y el proyecto de distribución del producto de la venta del patrimonio de la fundación, que se hará teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 39 del Código Civil.

2. Cuando por inexistencia del patronato no pudiera darse cumplimiento a lo previsto en este apartado, el Protectorado designará de oficio a los liquidadores

3. El Protectorado adoptará el acuerdo precedente, el cual, si supone aceptación de la propuesta, se inscribirá en el Registro de fundaciones.

4. Cuando el fundador haya previsto el destino de los bienes fundacionales para

el supuesto de extinción de la institución, el expediente se concretará en acreditar la forma como se dará cumplimiento a la voluntad del fundador, limitándose a la competencia del Protectorado a exigirlo y a disponer su inscripción en el Registro.

Artículo 45º

1. El acuerdo de extinción de la fundación pondrá fin a las actividades ordinarias de ésta y dará comienzo a las operaciones de su liquidación.

2. Cesarán los miembros del órgano de gobierno y dirección de la fundación que no sean liquidadores.

3. La venta, en su caso, de los elementos patrimoniales de la fundación se realizará con arreglo a lo dispuesto en este Decreto.

4. Los liquidadores tendrán las responsabilidades de los miembros del órgano encargado del gobierno y dirección de la fundación durante el período de liquidación de la misma y darán cuenta al Protectorado de cada una de las operaciones que lleven a cabo tanto en la realización del activo como en la liquidación del pasivo.

5. Los liquidadores formarán la cuenta final de liquidación con los justificantes de la entrega del haber líquido a las instituciones llamadas a recibirlo, para la anotación de aquélla en el Registro de fundaciones.

2. Bajo el número correspondiente a cada institución se agruparán todos los documentos de la misma en los apartados siguientes:

a) Documentación relativa a la carta fundacional y sus modificaciones.

b) Documentación relativa a los órganos de gobierno de la institución.

c) Documentación relativa a los programas de actividades y reglamentos de funcionamiento.

d) Documentación relativa al patrimonio.

e) Memorias anuales sobre las actividades de la institución.

f) Documentación relativa a los actos extraordinarios de gobierno y administración.

g) Varios.

Artículo 48º

1. El Registro de las fundaciones es único y constará de las tres secciones siguientes:

a) Sección de fundaciones culturales, adscrita a la Secretaría General Técnica de la Consellería de Educación y Cultura.

b) Sección de fundaciones laborales y de carácter benéfico y asistencial, adscrita a la Secretaría General Técnica de la Consellería de Trabajo, Seguridad Social y Emigración.

c) Sección de fundaciones de beneficencia particular, de carácter sanitario, adscrita a la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad y Consumo.

2. Una comisión integrada por los secretarios generales técnicos de la Consellería indicadas en el apartado anterior propondrá al departamento que resulte competente la clasificación de las fundaciones que soliciten su inscripción.

3. Clasificada la fundación y dictada la Orden a que se refiere el artículo 5.º de este Decreto, se practicará la inscripción en la sección que corresponde.

CAPÍTULO VI

Registro de las fundaciones

Artículo 46º

El Registro de fundaciones tiene por objeto la inscripción de los actos relativos a las instituciones reguladas en la Ley de Régimen de fundaciones de interés gallego y en el presente Decreto.

Artículo 47º

1. El protocolo del Registro archivará los expedientes ordenados por provincias

LEY 11 /1991, DE 8 DE NOVIEMBRE (BOE N.º. 3, DE 3 DE ENERO DE 1992) DE LA CONSELLERÍA DE LA PRESIDENCIA DE LA XUNTA DE GALICIA, DE DESARROLLO POR DECRETO 248/1992, DE 18 DE JULIO. REFORMA DE LA LEY 7/1983, DE 22 DE JUNIO, DE RÉGIMEN DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO

El Estatuto de autonomía de Galicia (LG 1981\631) señala en su artículo 27.26 la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre las fundaciones de interés gallego. En consecuencia, y de conformidad con la potestad legislativa reconocida en el artículo 37 del Estatuto de autonomía de Galicia, se dictó la Ley 7/1983, de 22 de junio (LG 1983\1106), de régimen de las fundaciones de interés gallego.

Entre los criterios seguidos para determinar el ámbito de aplicación de esta Ley, en su artículo 1 se observa una contradicción, ya que en el primer párrafo se recoge el criterio funcional y en el tercero el criterio de domicilio, lo que puede dar lugar a dudas a la hora de aplicarla, por lo que debería mantenerse un criterio uniforme, al considerarse expresamente que la mencionada Ley será de aplicación a aquellas fundaciones que o bien tengan su domicilio en Galicia o bien desarrollen principalmente sus funciones en ella. Por otra parte, se señala cuál ha de ser la protección conveniente que se dispensa a esas fundaciones que no desarrollan sus funciones en Galicia pero que persiguen la consecución de un interés gallego, que en la actualidad estaba vacía de contenido.

La Ley otorga a la Xunta de Galicia la competencia para reconocer como de interés gallego e inscribir en el Registro de fundaciones a éstas en desarrollo de lo dispuesto en el Estatuto de autonomía. Esto no quiere decir que tenga que ser la Xunta de Galicia, como órgano superior

de dirección del Gobierno autonómico, la que tenga que hacer este reconocimiento, ya que no cabría dentro de los supuestos del artículo 4.20 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero (LG 1983\451), reguladora de la Xunta y de su presidente, sino que será el órgano competente de ésta el que lo haga, el órgano al que se atribuya la función de ejercer el protectorado sobre la fundación.

En cuanto al órgano de gobierno de la fundación se introduce la exigencia de gratuidad de los cargos así como la de que éstos sean colegiados, excepto en el caso de que el fundador, en vida, se reserve el ejercicio de todas las competencias de gobierno, buscando una mayor protección de la voluntad fundacional.

Entre los actos indelegables de los órganos de gobierno de las fundaciones se añade la venta de obras de arte, exigiendo así una mayor garantía para la salida de bienes histórico-artísticos del patrimonio de una fundación.

El artículo 1 de la Ley exige como requisito fundamental la ausencia de ánimo de lucro en el desarrollo de los fines de la fundación, lo que no supone la imposibilidad de exigir contraprestación por los servicios que presta, siempre que no exceda de su coste real total. Por otra parte, en la práctica, una gran parte de los recursos de la mayoría de las fundaciones provienen de las cantidades que cobran a sus beneficiarios, por lo que no se trata de un supuesto excepcional que deba requerir la autorización previa del protectorado, lo que supondría un excesivo in-

tervencionismo, contrario a los principios informadores de la Ley recogidos en su exposición de motivos.

En el articulado de la Ley no se establece qué período temporal comprende el ejercicio económico de las fundaciones, por lo que en este campo se ajustarán a las normas contables y financieras españolas. Según las mismas, el ejercicio económico no tiene por qué coincidir necesariamente con el año natural, aunque lo normal es que sí lo haga. Sin embargo, se debe introducir en la Ley esta posibilidad, permitiendo que la fecha de cierre del ejercicio no coincida con el 31 de diciembre, por lo que la fecha de cierre del inventario-balance que han de realizar las fundaciones tampoco tiene que ser el 31 de diciembre siempre.

Los presupuestos en la actualidad se presentan, en algunos casos, cuando ya está muy avanzada su liquidación, en los seis primeros meses del ejercicio económico, a pesar de que los presupuestos, por su carácter de previsión, se han de realizar antes de comenzar el ejercicio económico de que se trate, introduciendo ahora la obligatoriedad de presentarlos ante el protectorado para su aprobación previa, entendiéndose que si no los presentan en ese plazo quedará prorrogado el presupuesto del año anterior. Asimismo, se regulan expresamente las causas por las que únicamente dichos presupuestos pueden ser rechazados.

Algunas de las facultades que se otorgan al protectorado son contradictorias entre sí, como es el caso del apartado f) del artículo 22 con respecto a sus demás apartados, por lo que se intenta salvar tal contradicción de la forma más ajustada a la Constitución de 1978 (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).

Por todo lo expuesto, el Parlamento de Galicia aprobó y yo, de conformidad con el artículo 13.2 del Estatuto de Galicia y con el artículo 24 de la Ley 1/1983, de 23 de febrero, reguladora de la Xunta de Galicia y de su presidente, promulgo, en nombre del Rey, la Ley de reforma de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego.

Artículo 1º

Se modifican los artículos 1, 8.1, 13, 14, 19, 21 y 22.f) de la Ley 7/1983, de 22 de junio (LG 1983\1106), de régimen de las fundaciones de interés gallego, quedando redactados de la siguiente forma:

Artículo 1

1. La presente Ley será de aplicación a las fundaciones de interés gallego, entendiéndose por tales aquellas que, estando domiciliadas o desarrollando principalmente sus funciones en Galicia, estén constituidas por personas naturales o jurídicas que destinen o afecten un patrimonio a la realización sin ánimo de lucro de fines de interés general en beneficio de personas no determinadas individualmente.

2. La Xunta de Galicia asumirá la función de protectorado de las fundaciones referidas en el apartado anterior y ejercerá las facultades que garanticen el cumplimiento de la voluntad de los fundadores y las que, a tales efectos, esta Ley establece.

3. En el caso de las fundaciones que tengan por objeto la consecución de fines de interés gallego y en las que concurren conjuntamente las características de desarrollar las funciones principalmente fuera de la Comunidad Autónoma y no tengan el domicilio en Galicia, el fundador podrá encomendar a la Xunta de Galicia tareas concretas de salvaguardia de su voluntad siempre que no sean contrarias a la normativa que resulte de aplicación. Asimismo, la Xunta podrá prestarles apoyo para la consecución de dichos intereses.

Artículo 8

1. La fundación se entenderá válidamente constituida como de interés gallego desde el otorgamiento de la carta de fundación en escritura pública, siempre que, una vez reconocida por la Consellería competente, se inscriba en el Registro de fundaciones, que será único para la Comunidad Autónoma.

Artículo 13

1. El órgano de gobierno se compondrá como mínimo de tres miembros, y elegirá entre ellos presidente y secretario, a no ser que los estatutos dispongan otra cosa.

2. No obstante, los fundadores que sean personas físicas podrán reservarse con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas a los órganos de gobierno de la fundación.

Artículo 14

1. Puede ser miembro del órgano de gobierno de la fundación quien tenga plenitud de su capacidad de obrar y no esté inhabilitado para el ejercicio de un cargo público. Las personas incapacitadas actuarán en el órgano de gobierno por medio de sus respectivos representantes legales.

2. Las personas jurídicas pueden integrarse en los órganos de gobierno de la fundación, designando a tal fin, necesariamente, la persona o personas naturales que las representen.

3. Los miembros del órgano de gobierno ejercerán su cargo de forma gratuita, sin perjuicio del derecho a que se les reembolsen los gastos, debidamente justificados, que éste les produzca, así como el abono de las dietas por asistencia que, en su caso, fije su órgano de gobierno, dentro de los límites que se determinen reglamentariamente, y siempre y cuando no prohíban el abono de tales gastos los respectivos estatutos.

4. Si los estatutos no lo prohíben, el órgano de gobierno podrá delegar sus facultades en uno o más de uno de sus miembros y nombrar apoderados generales o especiales con funciones y responsabilidades mancomunadas o solidarias. No son delegables la aprobación de las cuentas, formulación de presupuestos, enajenación y gravamen de los bienes inmuebles, obras de arte y bienes patrimoniales histórico-artísticos y documentales, así como los valores mobiliarios no cotizados en bolsa, ni cualesquiera otros ac-

tos que precisen la autorización o aprobación del protectorado. Cuando el apoderado general de una fundación fuese miembro del órgano de gobierno y ejerciese sus funciones con dedicación exclusiva, se determinará reglamentariamente la posibilidad de su retribución, si los estatutos así lo hubiesen previsto.

Artículo 19

Las cantidades que excepcionalmente puede percibir una fundación del conjunto de sus beneficiarios no podrán exceder del coste real del servicio o prestación, sin margen comercial de clase alguna.

Artículo 21

1. La actividad contable de las fundaciones ha de ajustarse a las normas de contabilidad general y a las exigencias de la legislación fiscal que, en uno y en otro caso, sean de aplicación. Los registros y comprobantes de contabilidad serán aquellos que, de acuerdo con el volumen de su patrimonio y con la naturaleza de sus actividades, abunden para garantizar la veracidad de los datos contenidos en sus inventarios y presupuestos.

2. Cada año, el órgano de gobierno de la fundación formulará un inventario-balance cerrado en la fecha de la finalización del ejercicio económico que refleje con claridad y exactitud la situación patrimonial de la entidad en aquella fecha, y una memoria de las actividades realizadas durante el año y de la gestión económica del patrimonio, suficiente para conocer y justificar el cumplimiento de la finalidad de las fundaciones y de los preceptos legales aplicables. Asimismo, será efectuada la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior. El plazo para la elaboración de estos documentos y para su presentación al protectorado será de seis meses contados desde la fecha de cierre del ejercicio.

La fundación también habrá de formular el presupuesto de ingresos y gastos correspondiente al ejercicio siguiente,

que se debe presentar al protectorado con anterioridad al inicio del ejercicio económico. El protectorado podrá formular objeciones al presupuesto en el plazo de un mes. A efectos de lo previsto en el párrafo anterior las objeciones del protectorado únicamente podrán basarse en infracciones de la normativa vigente o de las cláusulas estatutarias.

En caso de no presentarse los presupuestos en el plazo señalado anteriormente, se entenderán prorrogados por doceavas partes los del año anterior, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan al protectorado.

Artículo 22

f) Asumir provisionalmente la gestión de las actividades desde la fundación, cuando carezca de órgano de gobierno, cuando éste estuviese suspendido en sus funciones por decisión judicial o cuando el patronato no se reuniese a lo largo de dos ejercicios consecutivos.

La situación provisional no podrá prolongarse por más de dos años, dentro de cuyo plazo se habrá de dotar a la fundación de los órganos estatutarios de gobierno; de no ser posible, se procederá a su disolución y liquidación. En el caso de suspensión judicial, el plazo se contará a partir de que ésta cese.

Artículo 2º

Se añaden a la Ley 7/1983, de 22 de junio (LG 1983\1106), de régimen de las fundaciones de interés gallego, las siguientes

DISPOSICIONES ADICIONALES

Terceira.- El ejercicio de las facultades inherentes al protectorado se realizará de forma totalmente gratuita.

Cuarta.- La presente Ley será de aplicación, con carácter retroactivo, a las fundaciones de interés gallego existentes con anterioridad a su entrada en vigor. La renovación de sus órganos de gobierno, sin embargo, habrá de ajustarse a lo previsto

en esta Ley cuando estatutariamente corresponda designar los nuevos miembros. El inventario-balance se adecuará a las previsiones de la presente Ley ya en el primer ejercicio económico en el que haya de presentarse legalmente.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior categoría que se opongan a esta Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primeira.- La Xunta de Galicia modificará y publicará, en el plazo de tres meses, el Reglamento de organización y funcionamiento del protectorado de las fundaciones de interés gallego para adecuarlo a los términos de la presente Ley.

Segunda.- La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Diario Oficial de Galicia».

**LEY 30/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE (BOE N.º 282, DE 25 DE NOVIEMBRE)
DE LA JEFATURA DE ESTADO. LEY DE FUNDACIONES Y DE
INCENTIVOS FISCALES A LA PARTICIPACIÓN PRIVADA
EN ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La necesidad ineludible de actualizar la legislación sobre fundaciones viene determinada, de un lado, por el artículo 34 de la Constitución (RCL 1978\2836), que reconoce el derecho de Fundación para fines de interés general con arreglo a la Ley, y, de otro lado, por la importancia que en la vida social ha adquirido el ejercicio del indicado derecho de Fundación. La reserva de Ley sobre este derecho es establecida por el artículo 53 del texto constitucional.

A esa necesidad se une otra, también actual pero no estrictamente jurídica, cual es la de estimular la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general. Como la primera, también esta necesidad de estímulo es ineludible, vistos la dificultad de los poderes públicos de atender plenamente ese interés general y el protagonismo que la sociedad reclama y entrega a las variadas entidades sin ánimo de lucro.

Ambas necesidades son atendidas de manera uniforme en la presente Ley, lo que se justifica en la evidencia de que, tanto una regulación actualizada sobre fundaciones, como un régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general son soluciones a un mismo problema: dotar al campo de las actuaciones altruistas de una base jurídica fomentadora y ajustada a la actual demanda que la sociedad presenta.

En este sentido, la Ley dedica un Título I a las fundaciones y un Título II a los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

II

Atendiendo a la realidad social puede advertirse sin esfuerzo que las fundaciones, fenómeno expresivo de la autonomía de la voluntad, tienen hoy innegable peso como coadyuvantes en la satisfacción del interés general. El estado de gran parte de las normas legales y reglamentarias vigentes, antiguas y preconstitucionales, obliga a su revisión para adaptarlas al marco que la Constitución establece en materia de fundaciones.

La situación actual es la de una maraña legislativa constituida por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo. Se hace imprescindible, por consiguiente, simplificar el sistema dotándole de claridad y racionalidad y reforzando la seguridad jurídica, al tiempo que se facilita la labor de los destinatarios de las normas.

A ello atiende el Título I de la Ley y a tal fin dirige sus objetivos, que pueden resumirse en los siguientes:

a) Acomodar la regulación de las fundaciones a la Constitución (RCL 1978\2836) y a la actual distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

b) Ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones,

acorde con la trascendencia económica, jurídica y social del hecho fundacional.

c) Unificar el régimen aplicable a todas las fundaciones y garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales que han de ser, necesariamente, de interés general. Así, el Protectorado ejercitado por las Administraciones Públicas se configura en el Título I de la Ley como instrumento garantizador del recto ejercicio del derecho de Fundación, sin llegar a un intervencionismo que pudiera ser esterilizante y perturbador.

III

El Título I de la Ley es el resultado de la sedimentación de los antecedentes histórico-normativos del derecho de Fundación, el marco de los derechos constitucionales. Dichos antecedentes pueden cifrarse en los siguientes:

1. La vieja Ley de 20 de junio de 1849, General de Beneficencia, sin duda una de las disposiciones más antiguas de las que todavía se encuentran formalmente en vigor en el ordenamiento español. Constituye el punto de partida de la regulación sobre las fundaciones.

2. El Código Civil, la más importante disposición sobre régimen jurídico-privado de las fundaciones. Hacer referencia extensa a su contenido es ahora innecesario, por lo que basta con reiterar su importancia y el hecho de que la regulación originaria apenas ha sufrido cambios desde entonces.

3. Si el Código Civil es la piedra angular del derecho privado de las fundaciones, el Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899, lo es del régimen jurídico-público de las fundaciones asistenciales, puras y mixtas. Se trata de una norma que ha marcado toda una época en la regulación de tales entidades. Es, sin embargo, una disposición que necesariamente, y sin más demora, debe ser sustituida por otra que se adapte a la nueva realidad de las fundaciones.

4. El protagonismo de la Instrucción de 1899 citada quedó diluido al aprobarse el Decreto 2930/1972, de 21 de julio (RCL

1972\1964), dictado en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley General de Educación, de 4 de agosto de 1970 (RCL 1970\1237 y RCL 1974, 997). Este reglamento es aplicable sólo a las fundaciones culturales y docentes.

5. Junto a las anteriores disposiciones, que configuran la regulación general de las fundaciones, otras muchas normas se refieren asimismo a importantes aspectos relacionados con ellas. Así, puede citarse el Real Decreto de 20 de julio de 1926, de Instituciones y Fundaciones Benéfico-docentes Particulares de Enseñanza Agrícola, Pecuaria o Minera; el Decreto 446/1961, de 16 de marzo (RCL 1961\378), de Fundaciones Laborales; las previsiones contenidas en las leyes fiscales en relación con los beneficios fiscales que se les reconocen; los Decretos de 1923 y 1928 sobre Enajenación y Arrendamiento de Bienes de Fundaciones, o las recientes disposiciones sobre contabilidad y rendición de cuentas de fundaciones asistenciales.

Los ejemplos reseñados son muestra de las numerosas disposiciones que configuran el ordenamiento fundacional y que necesariamente debe ser simplificado y actualizado. El Título I de la presente Ley pretende conseguirlo, por primera vez tras la aprobación de la Constitución (RCL 1978\2836).

IV

El Título I de la Ley se dicta en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.1^a, 6^a y 8^a de la Constitución (RCL 1978\2836).

En primer lugar, el artículo 149.1.1^a atribuye al Estado competencia exclusiva para regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». El derecho de Fundación queda incluido entre aquellos cuyas condiciones básicas igualitarias pueden ser reguladas por el Estado. La presente Ley incluye preceptos que deben ser integrados dentro de tal categoría de normas y que por tanto corresponde al Estado regular, tal y como

se recoge en la disposición final primera, punto 1, en tanto en cuanto son condiciones básicas del derecho de Fundación y conciernen al concepto legal de Fundación: los beneficiarios, la capacidad de constitución y sus modalidades, la exigencia de un órgano de gobierno y representación, las causas de extinción y sus formas y los fines del Protectorado.

Es indudable la presencia de importantes normas de derecho civil en el régimen jurídico de las fundaciones. Normas que afectan, de una parte y en todo caso, al domicilio de las fundaciones, a los requisitos exigidos a las fundaciones extranjeras y a la eficacia del Registro de Fundaciones; y, de otra, a materias como las que se refieren a los requisitos de capacidad, la escritura de constitución, la adquisición de personalidad jurídica, los Estatutos y su modificación, las obligaciones básicas del Patronato, la responsabilidad de los patronos, su cese y suspensión, y la legitimación del Protectorado para solicitar al Juez la fusión de fundaciones cuando concurran determinadas circunstancias. Teniendo en cuenta la diversificación de este título competencial, se ha distinguido entre los preceptos que se consideran, en todo caso, de aplicación general en todo el territorio nacional y aquellos otros en los que se han considerado prevalentes las habilitaciones estatutarias correspondientes a las Comunidades Autónomas, con mención específica a la habilitación relativa a la materia de derecho civil, foral o especial. La anterior dualidad se refleja en el punto 2 de la disposición final primera.

El tercero de los Títulos competenciales del Estado que se manifiesta en la Ley es el previsto en el artículo 149.1.6ª de la Constitución, en cuanto se refiere a la legislación procesal.

Por último, las demás normas del Título I de la Ley son sólo de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

El Título I de la Ley se estructura en siete Capítulos. Parte de un concepto tradicional de Fundación, pero poniendo el acento en su carácter de organización; se expresa la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan constituir fundaciones; se afirma que las fundaciones adquieren personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones; se exige la existencia de un órgano de gobierno y representación y la suficiencia de la dotación inicial, cuya aportación podrá hacerse de forma sucesiva, e igualmente se exige que en la escritura de constitución consten la forma y realidad de dicha aportación; se determina la responsabilidad de los patronos por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos fundacionales, o por los realizados negligentemente, y se somete a decisión judicial la suspensión de los patronos y su cese en determinados supuestos. Se regula, en fin, la extinción de la Fundación y sus formas.

Merecen destacarse, además, dos aspectos que inciden sobre la actividad de las fundaciones: el primero es la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales, el segundo consiste en la exigencia de que una determinada proporción de las rentas y de cualesquiera otros ingresos que obtenga la Fundación sea destinada a la realización de los indicados fines.

En la regulación del Protectorado se ha partido de una concepción que le da nuevo contenido al asignarle no sólo funciones de control, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento. A estos efectos es de subrayar la previsión de un mecanismo excepcional de intervención de las fundaciones para aquellos supuestos patológicos que puedan derivar en un grave incumplimiento de la finalidad que justifica la propia existencia de la Fundación.

Párrafo aparte debe dedicarse al Registro de Fundaciones, que se configura como constitutivo y de publicidad frente

a terceros. La articulación concreta entre el Registro y los diversos Protectorados, que se determinará reglamentariamente, parte del principio de que las inscripciones practicables requerirán el informe de los órganos administrativos a los que corresponda el ejercicio del Protectorado.

Por último, es novedad destacable de la Ley la creación del Consejo Superior de Fundaciones como órgano consultivo del que forman parte representaciones administrativas y de las propias fundaciones.

VI

En las sociedades democráticas desarrolladas constituye una realidad la participación, junto con el sector público, de personas, entidades e instituciones privadas en la protección, el desarrollo y el estímulo de actividades de interés general en las diversas manifestaciones que éstas pueden revestir, desde lo puramente benéfico y asistencial hasta lo cultural y artístico.

En España esta situación ha adquirido dimensiones crecientes en los últimos años, enlazando con las preocupaciones de sectores sociales de muy diversa naturaleza, lo que ha determinado una constante demanda de adecuación a sus características de la normativa fiscal existente que, evidentemente, no pudo contemplar en su momento las particularidades que este fenómeno, en su dimensión social, reclama.

En consecuencia, el Título II que se dicta al amparo del artículo 149.1.14^a de la Constitución (RCL 1978\2836), preservando las especialidades de los regímenes tributarios forales, tiene una finalidad claramente incentivadora, tendente a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general. Esta participación puede canalizarse a través de las siguientes vías, a las que se concede un régimen fiscal ventajoso:

Constitución de entidades que persigan fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de Cooperación para el de-

sarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga, y que, en razón de su forma de personificación, tengan esta finalidad como exclusiva, caso de las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública.

Realización de aportaciones a las entidades anteriormente descritas al objeto de contribuir por esta vía a la realización de sus fines específicos.

Participación e intervención directa de las empresas en la consecución de estos fines. En este contexto se enmarcan medidas que encajan en el concepto general de mecenazgo como la denominada oferta de donación de obras de arte, y el tratamiento previsto para determinados gastos derivados de la realización de actividades de tipo asistencial, cultural, científico, de investigación y deportivo o de fomento del cine, teatro, música, danza e industria del libro.

De esta forma se pretende dinamizar de manera sustancial la realización de actividades de interés general, lo que redundará decisivamente en beneficio de la colectividad.

Este objetivo debe quedar definitivamente garantizado, de suerte que resulte asegurado su destino e inversión en las finalidades que motivan el apoyo del ordenamiento jurídico. Para ello resulta preciso identificar de una forma clara e indubitada a las entidades que han de constituir el vehículo directo y principal de enlace entre la voluntad de los ciudadanos y el fin social.

Esta identificación se efectúa en la presente Ley en la siguiente forma:

Definiendo como entidades sin fines lucrativos, al objeto de ser destinatarias de los beneficios contenidos en la norma, a las fundaciones inscritas en el Registro correspondiente y a las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Estableciendo una serie de requisitos que las entidades antes descritas deben reunir para garantizar la realización de los objetivos perseguidos. En la configura-

ción de estos requisitos se han tenido muy presentes las normas del régimen jurídico general aplicable a estas entidades, tanto a nivel de legislación estatal como autonómica.

Una vez identificadas debidamente las entidades destinatarias de las medidas incentivadoras contempladas en el Título II de la presente Ley, el régimen tributario que para las mismas se prevé en el Capítulo I de dicho Título comporta dos tipos de normas:

Disposiciones incentivadoras que atienden, en unos casos a neutralizar la imposición existente sobre las aportaciones recibidas al objeto de posibilitar su íntegra aplicación a los fines que las motivan y, en otros, a reducir determinadas cargas tributarias que pesan sobre estas entidades permitiendo de esta forma una mayor liberación de sus recursos en cumplimiento de sus fines específicos.

Al lado de esas disposiciones se recogen otras que pudieran denominarse de ajuste, al objeto de tener en cuenta las peculiaridades propias de estas entidades y la aplicación práctica de las exenciones que en beneficio de las mismas se establecen.

VII

Por su parte, el planteamiento del Capítulo II, del Título II, dedicado al régimen tributario de las aportaciones efectuadas por personas físicas o jurídicas, es paralelo al del Capítulo anterior, aunque con las lógicas diferencias derivadas de las razones de coherencia que motivan en cada caso el establecimiento de las normas.

En efecto, la Ley no busca que los beneficios fiscales para estas aportaciones tengan como destinatario o beneficiario último al aportante, disminuyendo así la presión fiscal que incide sobre éste; si éste fuera el fin buscado por la norma, los beneficios fiscales serían injustos. Lo que se persigue con esta regulación es hacer más atractiva la realización de aportaciones a entidades que tengan como última finalidad la realización de actividades de inte-

rés general. Este planteamiento obliga, por ello, a extender el régimen previsto para las aportaciones efectuadas a favor de las entidades contempladas en la Ley a las realizadas en beneficio del Estado y otras instituciones y entes públicos, a los que se refiere la disposición adicional sexta, dado que resulta indubitada la aplicación de las cantidades así recibidas a la realización de actividades de interés general.

VIII

Si importante es para los objetivos de esta Ley la adecuada tipificación y ordenación de los beneficios fiscales desde el punto de vista de las entidades expresamente constituidas para la consecución de los fines de interés general mencionadas, resulta igualmente trascendente la aportación que en este campo cumple la colaboración individual de muchas empresas y entidades en el desarrollo de los mismos fines. Esta colaboración, más generalmente conocida como actuación de patrocinio o mecenazgo, es objeto asimismo de reconocimiento en el texto a través de un conjunto de disposiciones específicas contenidas en el Capítulo III del Título II.

En esta línea de actuación interesa, sin embargo, destacar que el Capítulo III no entra a regular las denominadas actividades de patrocinio publicitario, las cuales tienen un régimen propio en el ordenamiento jurídico publicitario al que pertenecen y cuya realización no obedece estrictamente a actividades de interés general, sino de índole publicitaria. Por el contrario, el denominado Convenio de colaboración en actividades de interés general, permite atraer al ámbito de la Ley aquellas aportaciones que, aunque motivadas también por la idea de conseguir la difusión de la personalidad del aportante, son realizadas preferentemente en beneficio de las entidades a las que se refiere la norma.

Finalmente, el Capítulo III contempla aquellas actuaciones en las que es la propia empresa el vehículo directo o el mo-

tor que impulsa la realización de actividades de interés general. No obstante, su regulación es, como consecuencia de su finalidad mercantil específica, más limitada que la prevista para aquellas entidades en las que dichas actividades constituyen la razón que justifica su existencia.

IX

Por último, las disposiciones contenidas en esta Ley, obligan a dar nueva redacción al artículo 5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre (RCL 1978\2837), del Impuesto sobre Sociedades, al objeto de excluir del campo de aplicación de dicho precepto a las entidades objeto de la reforma, permitiendo, sin embargo, que aquellas que no encajen dentro de la caracterización subjetiva que en la presente Ley se realiza, continúen como entidades parcialmente exentas en el contexto de la regulación que, en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, se encuentra actualmente vigente.

Al lado de esta modificación, se realiza una reordenación del conjunto del precepto, incorporando a su campo de aplicación a aquellas entidades que, en virtud de disposiciones específicas, venían ya disfrutando de dicha exención por la vía de la equiparación normativa.

Merece igualmente especial mención la revisión del régimen de las entidades de previsión social, a las que se libera de los efectos contradictorios que en su situación fiscal produciría la sujeción al impuesto en régimen de exención limitada no obstante la realización exclusiva de una explotación económica, sometiéndolas al régimen general del impuesto, aunque a un tipo de tributación reducido.

Asimismo, es destacable la modificación que se opera por la disposición adicional decimotercera en el artículo 4 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre (RCL 1964\2842), Reguladora de las Asociaciones, en relación con los requisitos que estas entidades deben reunir para poder ser declaradas de utilidad pública y, en consecuencia ser beneficiarias del régimen fiscal previsto en esta Ley. En todo caso,

esta modificación parcial no hace sino adelantar algún aspecto de lo que habrá de ser el desarrollo del artículo 22 de la Constitución (RCL 1978\2836), a fin de adecuar de forma plena el derecho de asociación a los imperativos de la norma constitucional.

TITULO I Fundaciones

CAPITULO I Disposiciones generales

Artículo 1. Concepto

1. Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.
2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la presente Ley.

Artículo 2. Fines y beneficiarios

1. Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga.
2. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.
3. En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive.
4. No se incluyen en el apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y

restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985 (RCL 1985\1547 y 2916), del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

Artículo 3. Personalidad jurídica

1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley.

2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de Fundación.

Artículo 4. Domicilio

1. Deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro de su territorio.

2. Las fundaciones tendrán su domicilio social en el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno, que deberá radicar en el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.

Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio social en la sede de su órgano de gobierno dentro del territorio nacional.

Artículo 5. Fundaciones extranjeras

Las fundaciones extranjeras que ejerzan actividades en España deberán establecer una delegación en territorio español e inscribirse en el Registro de Fundaciones. La inscripción podrá denegarse cuando los fines no sean de interés general o cuando no estén válidamente constituidas con arreglo a su ley personal.

CAPITULO II

Constitución de la Fundación

Artículo 6. Capacidad para fundar

1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

2. Las personas físicas requerirán la capacidad general de obrar y la especial para disponer gratuitamente, «inter vivos» o «mortis causa», de los bienes y derechos en que consista la dotación.

3. Las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso de su junta general o asamblea de socios y las de índole institucional, el acuerdo de su órgano rector.

4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

Artículo 7. Modalidades y forma de constitución

1. La Fundación podrá constituirse por acto «inter vivos» o «mortis causa».

2. La constitución de la Fundación por acto «inter vivos» se realizará mediante escritura pública otorgada en la forma que determina el artículo siguiente.

3. La constitución de la Fundación por acto «mortis causa» se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución.

4. Si en la constitución de una Fundación por acto «mortis causa», el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una Fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios y en caso de que éstos no existieran, por la persona que se designe por el Protectorado.

Artículo 8. Escritura de constitución

La escritura de constitución de una Fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- a) El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores, si son personas físicas y la denominación o razón social si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio.
- b) La voluntad de constituir una Fundación.
- c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
- d) Los Estatutos de la Fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.
- e) La identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

Artículo 9. Estatutos

1. En los Estatutos de la Fundación se hará constar:

- a) La denominación de la entidad, en la que deberá figurar la palabra Fundación, que no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.
- b) Los fines fundacionales.
- c) El domicilio de la Fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades.
- d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
- e) El órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.
- f) Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los fundadores tengan a bien establecer.

2. Toda disposición de los Estatutos de la Fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva

de aquella. En este último caso no procederá la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones.

Artículo 10. Dotación

1. La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

2. La aportación de la dotación podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por 100, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la Fundación.

Tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales.

3. Si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro caso se acreditará ante el notario actuante la realidad de las aportaciones.

4. Se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos.

Artículo 11. Fundación en proceso de formación

Otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el órgano de gobierno de la Fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la Fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad ju-

rídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos.

CAPITULO III Gobierno de la Fundación

Artículo 12. Patronato

1. En toda Fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma.

2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos.

Artículo 13. Patronos

1. El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros que elegirán entre ellos un presidente si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los Estatutos.

El cargo de secretario, cuando exista, podrá recaer en una persona que no sea miembro del Patronato, en cuyo caso tendrá voz pero no voto.

2. Podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos.

Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, debiendo designar a la persona natural que las represente.

3. Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones. Dicha aceptación se inscribirá en el mencionado Registro.

4. Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin que en ningún caso pue-

dan percibir retribución por el desempeño de su función.

5. El cargo de patrono, en caso de recaer en persona física, deberá ejercerse personalmente. Se exceptúan quienes fueren llamados a ejercer esa función por razón de los cargos que ocuparen, en cuyo caso podrá actuar en su nombre la persona a quien corresponda su sustitución.

6. Los patronos tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, salvo disposición en contrario del fundador.

Artículo 14. Delegación y apoderamientos

1. Si los Estatutos no lo prohibieran, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. No son delegables la aprobación de las cuentas y del presupuesto ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado.

2. El Patronato podrá nombrar apoderados generales o especiales, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario.

3. Las delegaciones, los apoderamientos generales y su revocación deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones.

Artículo 15. Responsabilidad de los patronos

1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

2. Los patronos responderán frente a la Fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados negligentemente. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron expresamente al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción.

3. La acción de responsabilidad se entablará, en nombre de la Fundación y ante la jurisdicción ordinaria:

a) Por el propio órgano de gobierno de la Fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.

b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 32.

Artículo 16. Sustitución, cese y suspensión de patronos

1. La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los Estatutos. Cuando ello no fuere posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley, quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la Fundación.

2. El cese de los patronos de una Fundación se producirá en los supuestos siguientes:

a) Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica.

b) Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en la Ley.

c) Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato.

d) Por no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior, si así se declara en resolución judicial.

e) Por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del artículo anterior.

f) Por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo.

g) Por renuncia, que deberá hacerse mediante comparecencia al efecto en el Registro de Fundaciones o bien en documento público o en documento privado con firma legitimada por notario, que se hará efectiva desde que se notifique formalmente al Protectorado.

h) Por las causas establecidas válidamente para el cese en los Estatutos.

3. La suspensión de los patronos podrá ser acordada cautelarmente por el Juez cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad.

4. La sustitución, cese y suspensión de patronos se inscribirán en el Registro de Fundaciones.

CAPITULO IV

Patrimonio de la Fundación

Artículo 17. Composición, administración y disposición del patrimonio

1. El patrimonio de la Fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica.

2. La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 18. Titularidad de bienes y derechos

La Fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos que integran su patrimonio, los cuales se harán constar en su inventario y en el Registro de Fundaciones, y se inscribirán, en su caso, en los Registros correspondientes.

Artículo 19. Enajenación y gravamen

1. La enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, requerirá la previa autorización del Protectorado, quien podrá exigir que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes. Tal autorización no será necesaria en el caso de los actos de disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma.

2. De la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de

extraordinario valor, no incluidos en el apartado anterior, se dará cuenta inmediatamente al Protectorado.

3. También será necesaria dicha autorización o, en su caso, comunicación para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto de los bienes y derechos a que se refieren los apartados anteriores.

4. Las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el presente artículo, y en general todas las alteraciones superiores al 10 por 100 del activo de la Fundación, se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico.

Artículo 20. Herencias y donaciones

1. La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

2. La aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requerirá la previa autorización del Protectorado.

3. No se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público.

CAPITULO V

Funcionamiento y actividad de la Fundación

Artículo 21. Principios de actuación

Las fundaciones están obligadas a:

a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la Fundación, a sus fines fundacionales.

b) Dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.

c) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

Artículo 22. Actividades mercantiles e industriales

1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad.

3. Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado en cuanto ésta se produzca.

Artículo 23. Contabilidad, auditoría y presupuestos

1. Con carácter anual el Patronato de la Fundación confeccionará el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que consten de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la Fundación y elaborará una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica que incluirá el cuadro de financiación así como del exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales. La memoria especificará además las variaciones patrimoniales y los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación.

2. Igualmente, el órgano de gobierno de la Fundación practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior.

3. Se someterán a auditoría externa las cuentas de las Fundaciones en las que concurren, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

a) Que el total de su patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas.

b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a cuatrocientos millones de pesetas.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

También se someterán a auditoría externa aquellas cuentas que, a juicio del Patronato de la Fundación o del Protectorado, y siempre en relación con la cuantía del Patrimonio o el volumen de gestión, presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen.

4. Los documentos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo se presentarán al Protectorado dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente. Los informes de auditoría se presentarán en el plazo de tres meses desde su emisión. El Protectorado, una vez examinados y comprobada su adecuación a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de Fundaciones.

5. Asimismo, el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente acompañado de una memoria explicativa.

6. La contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales.

Artículo 24. Obtención de ingresos

Las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.

Artículo 25. Destino de rentas e ingresos

1. A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la Fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.

2. La Fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de las rentas e ingresos a que se refiere el apartado anterior en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

3. De conformidad con los artículos 12.2 y 17.2, se entiende por gastos de administración aquellos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, y de los que los Patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 13.6.

Reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos.

Artículo 26. Autocontratación

Los patronos podrán contratar con la Fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado.

CAPITULO VI

Modificación, fusión y extinción de la Fundación

Artículo 27. Modificación de los Estatutos

1. El Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la Fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado.

2. Cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la Fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos, el Patronato deberá acordar la modificación de los mismos, salvo que para el supuesto de que se trate el fundador haya previsto la extinción de la Fundación.

3. Si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en el apartado anterior, el Protectorado podrá acordar, de oficio o a instancia de quien tenga interés legítimo en ello, la modificación que proceda.

4. La modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patro-

nato se comunicará al Protectorado; éste sólo podrá oponerse, por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato. La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro de Fundaciones.

Artículo 28. Fusión

1. El Patronato de la Fundación podrá proponer su fusión con otra Fundación. En tal caso deberán concurrir las circunstancias aludidas en el apartado 1 del artículo anterior y se requerirá el acuerdo de las fundaciones interesadas, al que podrá oponerse el Protectorado por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas.

2. Podrá el Protectorado solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando éstos sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno y no lo haya prohibido el fundador.

3. La solicitud a que se refiere el apartado anterior se formulará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación, y se sustanciará según lo dispuesto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. La fusión deberá ser inscrita en el Registro de Fundaciones.

Artículo 29. Causas de extinción

La Fundación se extinguirá:

a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.

b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.

c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la presente Ley.

d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.

e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.

f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

Artículo 30. Formas de extinción

1. En el supuesto del apartado a) del artículo anterior la Fundación se extinguirá de pleno derecho.

2. En los supuestos contemplados en los apartados b), c) y e) del artículo anterior, la extinción de la Fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la Fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.

3. En el supuesto del apartado f) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.

4. Los procedimientos judiciales de este artículo se tramitarán ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación y se sustanciarán según lo dispuesto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial se inscribirán en el Registro de Fundaciones.

Artículo 31. Liquidación

1. La extinción de la Fundación, salvo en el supuesto previsto en el artículo 29 d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación que se realizará por el órgano de gobierno de la Fundación bajo el control del Protectorado.

2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la Fundación extinguida. En su defecto este destino podrá

ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

CAPITULO VII

El Protectorado y el Registro de Fundaciones

Artículo 32. Protectorado

1. El Protectorado facilitará el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento.

2. El Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal, correspondiéndole a tal fin las siguientes funciones:

a) Asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquéllas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario.

b) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general.

c) Verificar si los recursos económicos de la Fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.

d) Dar publicidad a la existencia y actividades de las fundaciones.

e) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la Funda-

ción si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo.

f) Cuantas otras funciones se establezcan en las leyes.

3. En todo caso, el Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 15.2; así como para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el artículo 16.2 d), y para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la Fundación.

Artículo 33. Autorizaciones

El plazo para resolver sobre la concesión de las autorizaciones a que se refiere la presente Ley en los artículos 19, apartados 1 y 3, 20, apartados 2 y 3, y 26 será de tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, se podrán entender estimadas las solicitudes de autorización. El plazo para resolver se interrumpirá cuando la solicitud no reúna los requisitos necesarios o no se presente debidamente documentada y el Protectorado así lo estime mediante acto motivado que notificará al Patronato. El plazo comenzará a contar de nuevo desde el momento en que tales defectos se hayan subsanado.

Artículo 34. Intervención temporal

1. Si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la Fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, requerirá del Patronato, una vez oído éste, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquélla.

2. Si el requerimiento al que se refiere el apartado anterior no fuese atendido en el plazo que al efecto se señale, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que se autorice la intervención temporal de la Fundación, lo que se acordará, en su caso, oído el Patronato. Autorizada judicialmente la intervención de la Fun-

dación, el Protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato durante el tiempo que determine el Juez. La intervención quedará alzada por el transcurso de aquél salvo que se acceda a prorrogarla mediante una nueva resolución judicial.

3. La solicitud de intervención temporal se formulará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación y se sustanciará según lo dispuesto para los incidentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. La resolución judicial que decrete la intervención temporal de la Fundación se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

Artículo 35. Recursos jurisdiccionales

Los actos del Protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Artículo 36. Registro de Fundaciones

1. Se crea un Registro de Fundaciones en el Ministerio de Justicia e Interior, que tendrá por objeto la inscripción de las fundaciones de competencia estatal y de los actos que con arreglo a las leyes sean inscribibles.

2. Las inscripciones a que se refiere el apartado anterior deberán efectuarse en el plazo que reglamentariamente se determine, y requerirán, por lo que se refiere a la inscripción de fundaciones, el informe favorable, en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la determinación de la suficiencia de la dotación a que se refiere el artículo 10.1 de esta Ley, del órgano al que corresponda el ejercicio del Protectorado.

3. La inscripción de la Fundación contendrá necesariamente los extremos a que se refiere el artículo 8.

4. El Registro de Fundaciones será público. La publicidad se hará efectiva por certificación del contenido de los asientos expedida por el responsable del Registro o por simple nota informativa o copia de los asientos.

5. La estructura y funcionamiento del Registro se determinará reglamentariamente.

Artículo 37. Eficacia registral

1. Los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de los demás Registros Públicos existentes.

Artículo 38. Consejo Superior de Fundaciones

1. Se crea un órgano de carácter consultivo que se denominará Consejo Superior de Fundaciones.

2. El Consejo Superior de Fundaciones estará integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las fundaciones y se regirá por las normas que reglamentariamente se establezcan sobre su estructura y composición.

Artículo 39. Funciones del Consejo Superior de Fundaciones. Será funciones del Consejo Superior de Fundaciones

a) Asesorar, informar y dictaminar, cuando así se le solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas.

b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones, realizando los estudios precisos al efecto.

c) Las demás que le puedan atribuir las disposiciones vigentes.

TÍTULO II

Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general

Artículo 40. Objeto y ámbito de aplicación

1. El presente Título tiene por objeto regular el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos definidas en el mismo, en consideración a su función social, actividades y características, así como el aplicable a las aportaciones efectuadas a éstas por personas físicas o jurídicas y el correspondiente a las actividades de interés general contempladas en esta Ley.

2. En lo no previsto en este Título se aplicarán las normas tributarias generales y, en particular, las del Impuesto sobre Sociedades.

CAPÍTULO I

Régimen tributario de las entidades sin fines lucrativos

SECCION 1ª. NORMAS GENERALES

Artículo 41. Definición de entidades sin fines lucrativos a efectos del presente Título

Son entidades sin fines lucrativos a efectos de este Título las fundaciones inscritas en el Registro correspondiente y las asociaciones declaradas de utilidad pública que cumplan los requisitos establecidos en este Título.

Artículo 42. Requisitos para disfrutar del régimen fiscal previsto en el presente Título

1. Para disfrutar del régimen fiscal previsto en el presente Título las entidades mencionadas en el mismo deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Perseguir fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía so-

cial o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga.

b) Destinar a la realización de dichos fines, al menos el 70 por 100 de las rentas netas y otros ingresos que obtengan por cualquier concepto, deducidos, en su caso, los impuestos correspondientes a las mismas, en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, quedan excluidas del cumplimiento de este requisito.

c) En el caso de ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, acreditar, ante el Ministerio de Economía y Hacienda a través del órgano de Protectorado correspondiente cuando se trate de fundaciones o del Ministerio de Justicia e Interior cuando se trate de asociaciones de utilidad pública, la existencia de dichas participaciones así como que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra a) de este apartado 1 y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título.

El Ministerio de Economía y Hacienda podrá denegar, de forma motivada, el disfrute del régimen fiscal regulado en este Título en aquellos casos en que no se justifique que tales participaciones cumplen los requisitos antes mencionados.

d) Rendir cuentas, anualmente, al órgano de Protectorado correspondiente, cuando se trate de fundaciones. En el caso de asociaciones declaradas de utilidad pública, dicha rendición se efectuará, antes del 1 de julio de cada año, ante el Ministerio de Justicia e Interior o la entidad u órgano público que hubiesen verificado su constitución y autorizado su inscripción en el Registro correspondiente.

e) Aplicar su patrimonio, en caso de disolución, a la realización de fines de interés general análogos a los realizados por las mismas.

2. No se considerarán entidades sin fines lucrativos, a los efectos de este Título, aquellas cuya actividad principal consista en la realización de actividades mercantiles.

3. Tampoco se considerarán entidades sin fines lucrativos a los efectos de este Título, aquellas en las que asociados y fundadores y sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive, sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades o gocen de condiciones especiales para beneficiarse de sus servicios.

Lo dispuesto en este apartado no se aplicará a aquellas entidades sin fines lucrativos que realicen las actividades de asistencia social a que se refiere el artículo 20, apartado uno, número 8.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992\2786 y RCL 1993, 401), del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Artículo 43. Organos rectores

Para disfrutar del régimen previsto en este Título, los cargos de patrono de las fundaciones y representante estatutario de las asociaciones deberán ser gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione. Asimismo, tales personas deberán carecer de interés económico en los resultados de la actividad, por sí mismos o a través de persona interpuesta.

A efectos de la aplicación de lo previsto en el presente Título, lo dispuesto en el párrafo anterior respetará el régimen específico establecido para aquellas entidades que, por Ley, hayan sido declaradas de utilidad pública.

Artículo 44. Contabilidad

Las fundaciones y asociaciones a que se refiere el presente Título tendrán las obligaciones contables previstas en las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades para las entidades exentas, sin perjuicio de que deban llevar la contabilidad exigida por el Código de Comercio

y disposiciones complementarias cuando realicen alguna explotación económica.

Artículo 45. Domicilio fiscal

El domicilio fiscal de las entidades sin fines lucrativos será el del lugar de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y dirección de la entidad. En otro caso, se atenderá al lugar de residencia de la mayoría de las personas que ejercen la representación legal o, en su defecto, donde radique el mayor valor del inmovilizado.

SECCION 2ª. APLICACIÓN Y PÉRDIDA DE LOS BENEFICIOS FISCALES

Artículo 46. Aplicación de los beneficios fiscales

1. Para el disfrute de los beneficios fiscales establecidos en el presente Título, con excepción de los regulados en la Sección 4ª de este Capítulo, las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 41 deberán dirigirse, acreditando su condición, a la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en cuya circunscripción esté situado su domicilio fiscal, una vez inscritas en el Registro administrativo correspondiente o declaradas de utilidad pública en el caso de las asociaciones.

El reconocimiento de los beneficios fiscales producirá efectos desde la fecha de la correspondiente comunicación a la Administración. No obstante, cuando entre la fecha de dicho escrito y la de inscripción o, en su caso, de declaración de utilidad pública, no hubiera mediado más de tres meses, dichos efectos se retrotraerán a la fecha de solicitud de estas últimas.

Tratándose de fundaciones, dichos efectos se retrotraerán a la fecha de su constitución cuando entre ésta y la de solicitud de inscripción en el Registro administrativo correspondiente no haya transcurrido más de un mes.

La eficacia de dicha acreditación quedará condicionada a la concurrencia, en

todo momento, de las condiciones y requisitos previstos en este Título.

2. Para el disfrute de los beneficios fiscales en los tributos locales regulados en la Sección 4ª de este Capítulo, las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 41 deberán solicitarlo a los Ayuntamientos competentes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 78.2 y 92.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (RCL 1988\2607 y RCL 1989, 1851), Reguladora de las Haciendas Locales.

Artículo 47. Pérdida de los beneficios fiscales

El incumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 42 y 43, así como la pérdida de la condición de asociación de utilidad pública, determinarán, sin necesidad de declaración administrativa previa, la pérdida del derecho al disfrute de los beneficios fiscales establecidos en el presente Título, en el ejercicio económico en que dicho incumplimiento se produzca, sin perjuicio de lo previsto en la Ley General Tributaria (RCL 1963\2490) sobre infracciones y sanciones tributarias e intereses de demora y, en particular, de lo dispuesto en los artículos 84 y 87, apartado 3, de la misma, sobre sanciones que no consistan en multa.

SECCION 3ª. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

SUBSECCIÓN 1ª. Rendimientos e incrementos de patrimonio exentos

Artículo 48. Ambito de la exención

1. Las entidades que cumplan los requisitos previstos en las secciones anteriores, gozarán de exención en el Impuesto sobre Sociedades por los resultados obtenidos en el ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, así como por los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a títulos lucrativos, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica.

2. Los resultados obtenidos en el ejercicio de una explotación económica resultarán gravados, si bien el Ministerio de Economía y Hacienda podrá, a solicitud de la entidad interesada, extender la exención mencionada anteriormente a estos rendimientos siempre y cuando las explotaciones económicas en que se hayan obtenido coincidan con el objeto o finalidad específica de la entidad, en los términos que se desarrollen reglamentariamente.

A estos efectos, se entenderá que las explotaciones económicas coinciden con el objeto o finalidad específica de la entidad cuando las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en el artículo 42.1 a), que no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas.

Artículo 49. Rentas e ingresos amparados por la exención

Se entenderán comprendidos en el artículo anterior los siguientes ingresos:

1. Las cuotas satisfechas por sus asociados.

2. Las subvenciones obtenidas del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales y otros organismos o entes públicos, siempre y cuando se apliquen a la realización de los fines de la entidad y no vayan destinadas a financiar la realización de explotaciones económicas.

3. Los derivados de adquisiciones a título lucrativo para colaborar en los fines de la entidad.

4. Los obtenidos por medio de los convenios de colaboración en actividades de interés general, contemplados en la presente Ley.

5. Los rendimientos obtenidos en el ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica en los términos contemplados en el artículo anterior.

SUBSECCIÓN 2ª. Rendimientos e incrementos de patrimonio gravados

Artículo 50. Determinación de la base imponible

1. Constituye la base imponible de las entidades a que se refiere este capítulo, la suma algebraica de los rendimientos netos positivos o, en su caso, negativos, obtenidos en el ejercicio de una explotación económica, distinta de las contempladas en el artículo 48.2, de los rendimientos procedentes de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la entidad y de los incrementos o disminuciones patrimoniales sometidos a gravamen.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computará para la determinación de la base imponible el 30 por 100 de los intereses, explícitos o implícitos, derivados de la cesión a terceros de capitales propios de la entidad y de los rendimientos derivados del arrendamiento de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fundacional definido en el artículo 17 de esta Ley. Esta deducción se elevará al 100 por 100 en el caso de los rendimientos procedentes del arrendamiento de los bienes inmuebles que integren la dotación fundacional a que se refiere el artículo 10.

Para disfrutar de esta reducción en la base imponible será preciso, en todo caso, que los citados rendimientos se destinen en el plazo de un año a partir de su obtención a la realización de los fines previstos en el artículo 42.1 a).

2. La cuantía de las distintas partidas, positivas o negativas, mencionadas anteriormente, se integran y compensan para el cálculo de la base imponible.

Artículo 51. Partidas no deducibles

No tendrán la consideración de partidas deducibles, para la determinación de los rendimientos gravados, además de las establecidas por la normativa general del Impuesto sobre Sociedades, las siguientes:

1. Los gastos imputables, directa o indirectamente, a las operaciones exentas.

Por el contrario, los gastos imputables, directa o indirectamente, a las operaciones gravadas, tendrán la consideración de partidas deducibles.

2. Las cantidades destinadas a la amortización de elementos patrimoniales no afectos a las actividades sometidas a gravamen.

En el caso de elementos patrimoniales afectos parcialmente a la realización de actividades exentas, no resultarán deducibles las cantidades destinadas a la amortización de la porción del elemento patrimonial afecto a la realización de dicha actividad.

3. Las cantidades que constituyan aplicación de resultados y, en particular, los excedentes que, procedentes de operaciones económicas, se destinen al sostenimiento de actividades exentas.

4. El exceso de valor atribuido a las prestaciones de trabajo personal recibidas sobre el importe declarado a efectos de retenciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Artículo 52. Exención por reinversión

1. Gozarán de exención los incrementos patrimoniales puestos de manifiesto en las transmisiones de elementos materiales del activo fijo necesarios para la realización de sus explotaciones, siempre que el importe total de la enajenación se reinvierta, con los requisitos y condiciones establecidos en el Impuesto sobre Sociedades, o bien que dicho importe total se destine a nuevas inversiones en bienes afectos a las actividades exentas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será igualmente aplicable a los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto en las transmisiones de elementos materiales del activo fijo no afectos a la obtención de rentas gravadas, cuando el producto total obtenido se destine, en los mismos términos que los señalados en el apartado anterior, a nuevas inversiones relacionadas con las actividades exentas.

Artículo 53. Tipo de gravamen

La base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en los artículos anteriores será gravada al tipo de 10 por 100.

Artículo 54. Cuota líquida

Sobre la cuota íntegra obtenida conforme el artículo anterior, se aplicarán, cuando proceda, las deducciones y bonificaciones previstas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

Artículo 55. Cuota reducida

La cuota líquida determinada conforme a lo dispuesto en el artículo anterior se minorará en la cantidad de 200.000 pesetas cuando el sujeto pasivo de este impuesto sea una Fundación o asociación de utilidad pública, comprendida dentro del ámbito de aplicación del presente Título que realice exclusivamente prestaciones gratuitas, sin que en ningún caso la cantidad resultante como consecuencia de la aplicación de esta reducción pueda resultar negativa.

Artículo 56. Cuota diferencial

La cuota diferencial será el resultado de minorar la cuota líquida o, en su caso, la cuota reducida, en el importe de las retenciones, pagos e ingresos a cuenta efectuados.

Cuando dichas retenciones, pagos e ingresos a cuenta superen la cuota líquida o, en su caso, la cuota reducida, la Administración procederá a devolver de oficio el exceso.

SUBSECCIÓN 3ª. Obligación de declarar

Artículo 57. Contenido de la obligación de declarar

Las entidades contempladas en el presente Título incluirán en sus declaraciones del Impuesto sobre Sociedades la totalidad de las rentas obtenidas en el ejercicio, estén o no exentas del gravamen, sin perjuicio de la aplicación de los beneficios previstos en el presente Título.

SECCION 4ª. TRIBUTOS LOCALES

Artículo 58. Tributos locales

1. Sin perjuicio de las exenciones actualmente previstas en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, gozarán de exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en el artículo 65 de dicha Ley, las fundaciones y asociaciones que cumplan los requisitos establecidos en el capítulo I del presente Título siempre que no se trate de bienes cedidos a terceros mediante contraprestación, estén afectos a las actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica y no se utilicen principalmente en el desarrollo de explotaciones económicas que no constituyan su objeto o finalidad específica.

2. Asimismo, las fundaciones y asociaciones a que se refiere el apartado anterior estarán exentas del Impuesto sobre Actividades Económicas por las actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica. La aplicación técnica de este precepto se desarrollará reglamentariamente.

A estos efectos, se entenderá que las explotaciones económicas coinciden con el objeto o finalidad específica de la entidad cuando las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en los artículos 2.4 y 42.1 a), que no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas.

3. A efectos de lo establecido en los apartados anteriores no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

CAPITULO II
**Régimen tributario de las
aportaciones efectuadas a entidades
sin fines lucrativos**

SECCION 1^a. APORTACIONES EFECTUADAS
POR PERSONAS FÍSICAS

Artículo 59. Deducciones en la cuota

Los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán derecho a deducir de la cuota del impuesto, el importe de los donativos que realicen en favor de las fundaciones y asociaciones a que se refiere la sección 1.^a del capítulo I de este Título, con los siguientes límites y condiciones:

1. El 20 por 100 de las donaciones puras y simples de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Igual porcentaje de deducción se aplicará a las donaciones puras y simples de obras de arte de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión de nuestro patrimonio artístico, y que se comprometan a destinar estas obras a la exposición pública.

2. El 20 por 100 de las donaciones puras y simples de bienes que deban formar parte del activo material de la entidad donataria y que contribuyan a la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a).

3. El 20 por 100 de las cantidades donadas para la realización de las actividades que la entidad donataria efectúe en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a), o para la conservación, reparación y restauración de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General a

que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Se entenderán incluidas las cantidades satisfechas como cuotas de afiliación a asociaciones contempladas en la sección 1.^a del capítulo I de este Título, siempre que no se correspondan con una prestación de servicios en favor del asociado.

Artículo 60. Cómputo de la deducción en la cuota

1. A los efectos del cómputo de la deducción a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior, ésta se determinará aplicando el porcentaje del 20 por 100 al valor de los bienes donados, de acuerdo con la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, en la forma prevista en el artículo 8 e), del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero (RCL 1986\275 y 661), que desarrolla parcialmente la Ley 16/1985, de 25 de junio (RCL 1985\1547 y 2916), del Patrimonio Histórico Español. En el caso de las obras de arte que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.

2. En el supuesto previsto en el apartado 2 del artículo anterior, el porcentaje del 20 por 100 se aplicará sobre el valor de adquisición de los bienes, determinado conforme a las reglas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Cuando el bien donado haya sido elaborado o producido por el propio donante, su valoración se realizará por su coste de producción debidamente acreditado, sin que, en ningún caso, pueda ser superior al valor de mercado.

Artículo 61. Límite a la deducción

La base de las deducciones a que se refieren los artículos anteriores, se computarán a efectos del límite del 30 por 100 previsto en el artículo 80.uno, de la Ley 18/1991, de 6 de junio (RCL 1991\1452 y 2388), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Artículo 62. Tratamiento de los incrementos o disminuciones patrimoniales resultantes de la donación de bienes

No se someterán al impuesto los incrementos o disminuciones patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de donaciones de los bienes, a los que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 59 de la presente Ley, efectuadas en favor de las entidades contempladas en la misma.

SECCION 2.^a. APORTACIONES EFECTUADAS POR PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 63. Donativos deducibles en la determinación de la base imponible

1. A efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tendrán la consideración de partida deducible, el importe de los donativos que se realicen en favor de las fundaciones y asociaciones a que se refiere la sección 1.^a del capítulo I de este Título, en los siguientes casos:

a) Las donaciones puras y simples de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. La misma consideración se aplicará a las donaciones puras y simples de obras de arte de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión de nuestro patrimonio artístico, y que se comprometan a destinar estas obras a la exposición pública.

b) Las donaciones puras y simples de bienes que deban formar parte del activo material de la entidad donataria y que contribuyan a la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a).

c) Las cantidades donadas para la realización de las actividades que la entidad donataria efectúe en cumplimiento de los

fines previstos en el artículo 42.1 a), o para la conservación, reparación y restauración de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

2. La deducción a que se refiere el apartado anterior, letras b) y c), no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible previa a esta deducción del donante correspondiente al ejercicio económico en que se realiza la donación. En el caso de tratarse de los bienes a que se refiere la letra a) del mismo apartado, la deducción de los mismos no podrá exceder del 30 por 100 de dicha base.

3. Alternativamente, la entidad podrá acogerse a los límites del 1 por 1.000 y del 3 por 1.000 de su volumen de ventas respectivamente, sin que, en ningún caso, la aplicación de estos porcentajes puedan determinar una base imponible negativa.

4. El límite de deducción contemplado en este precepto será compatible con el previsto en el artículo 68 y en el artículo 70 de esta Ley.

Artículo 64. Cómputo de la deducción en la base imponible

1. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1 a), del artículo anterior, la valoración de los bienes donados se efectuará por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, en la forma prevista en el artículo 8 e), del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero (RCL 1986\275 y 661), de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio (RCL 1985\1547 y 2916), del Patrimonio Histórico Español. En el caso de las obras de arte que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará asimismo la suficiencia de la calidad de la obra.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1 b), del artículo anterior, la valoración de los bienes se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Los bienes nuevos producidos por

la entidad donante, por su coste de fabricación.

b) Los bienes adquiridos de terceros y entregados nuevos, por su precio de adquisición, que no podrá exceder del precio medio del mercado.

c) Los bienes usados por la entidad donante, por su valor neto contable, que no podrá resultar superior al derivado de aplicar las amortizaciones mínimas correspondientes.

Artículo 65. Tratamiento de los incrementos o disminuciones patrimoniales resultantes de la donación de bienes

No se someterán al impuesto los incrementos o disminuciones patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de donaciones de los bienes, a los que se refieren el artículo 63, apartado 1, letras a) y b) y el artículo 69 de la presente Ley, efectuadas en favor de las entidades contempladas en dichos preceptos.

SECCION 3ª. JUSTIFICACIÓN DE LOS DONATIVOS EFECTUADOS

Artículo 66. Justificación de los donativos efectuados

Para tener derecho a las deducciones reguladas en este Título se deberá acreditar la efectividad de la donación efectuada, mediante certificación expedida por la entidad donataria en la que, además del número de identificación fiscal y de los datos de identificación personal del donante y de la entidad donataria, se haga constar lo siguiente:

1. Mención expresa de que la entidad donataria se encuentra incluida entre las reguladas en la Sección 1ª Capítulo I de este Título.

2. Fecha e importe del donativo cuando éste sea dinerario.

3. Documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no se trate de donativos en dinero.

4. Destino que la entidad donataria dará al objeto donado en el cumplimiento

de su finalidad específica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de esta Ley.

5. Mención expresa del carácter irrevocable de la donación.

En el caso de revocación de la donación se ingresarán las cuotas correspondientes a los beneficios disfrutados en el período impositivo en que dicha revocación se produzca, sin perjuicio de los intereses de demora que procedan.

SECCION 4ª. ACTIVIDADES Y PROGRAMAS PRIORITARIOS DE MECENAZGO

Artículo 67. Porcentajes de deducción

La Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año podrá establecer una relación de actividades o programas de duración determinada que vayan a desarrollar las entidades o instituciones a que se refieren el artículo 41 y la disposición adicional sexta de esta Ley, en el ámbito de los fines citados en el artículo 42.1 a), y elevar en cinco puntos porcentuales como máximo, respecto de dichos programas y actividades, los porcentajes de deducción y la cuantía porcentual de los límites máximos de deducción, establecidos en las Secciones 1ª y 2ª del presente Capítulo.

SECCION 5ª. COLABORACIÓN EMPRESARIAL

Artículo 68. Convenio de colaboración en actividades de interés general

Se entenderá por convenio de colaboración en actividades de interés general, a los efectos previstos en el presente Título aquel por el cual las entidades a que se refiere el Capítulo I del mismo a cambio de una ayuda económica para la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a), se comprometen por escrito a difundir la participación del colaborador en dicha actividad, sin que en ningún caso dicho compromiso pueda consistir en la entrega de porcentajes de participación en ventas o beneficios.

Las cantidades así satisfechas tendrán la consideración de gasto deducible en la

empresa o entidad colaboradora con el límite del 5 por 100 de la base imponible o del 0,5 por 1.000 del volumen de ventas, sin que, en ningún caso, la aplicación de este último porcentaje pueda determinar una base imponible negativa.

El límite de deducción contemplado en este precepto será compatible con el previsto en el artículo 63 y en el artículo 70 de esta Ley.

En el caso de empresarios y profesionales el cómputo del límite del 5 por 100 se efectuará sobre la porción de base imponible correspondiente a los rendimientos netos derivados de la respectiva actividad empresarial o profesional ejercida.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio del régimen fiscal correspondiente a los contratos de patrocinio publicitario regulados en el artículo 24 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre (RCL 1988\2279), General de la Publicidad.

CAPITULO III

Régimen tributario de otras actuaciones de colaboración empresarial

Artículo 69. Adquisición de obras de arte para oferta de donación

1. A efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y, en el caso de empresarios y profesionales en régimen de estimación directa, de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrá la consideración de partida deducible el valor de adquisición de aquellas obras de arte, adquiridas para ser donadas al Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Universidades Públicas, el Instituto de España y las Reales Academias Oficiales integradas en el mismo, las instituciones con fines análogos a la Real Academia Española de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, los entes públicos y organismos autónomos administra-

tivos determinados reglamentariamente, y las entidades a que se refiere el Capítulo I del Título II de esta Ley, que sean aceptadas por estas entidades.

Para disfrutar de esta deducción la oferta de donación se efectuará de acuerdo con los requisitos y condiciones siguientes:

a) Compromiso de transmitir el bien a las entidades donatarias en un período máximo de cinco años a partir de la aceptación definitiva de la oferta. Para la aceptación definitiva será preceptiva la emisión de informe por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español a efectos de determinar tanto la calificación del bien como obra de arte, como su valoración. Dicho informe deberá ser emitido dentro del plazo de tres meses desde la presentación de la oferta de donación.

Una vez aceptada la oferta de donación por la entidad donataria, ésta se hace irrevocable y el bien no puede ser cedido a terceros.

b) La oferta de donación por parte de la entidad o personas se debe llevar a cabo durante el mes siguiente a la compra del bien.

c) Durante el período de tiempo que transcurra hasta que el bien sea definitivamente transmitido a la entidad donataria, el bien deberá permanecer disponible para su exhibición pública e investigación en las condiciones que determine el convenio entre el donante y la entidad donataria.

d) Durante el mismo período las personas o entidades que se acojan a esta deducción no podrán practicar dotaciones por depreciación correspondientes a los bienes incluidos en la oferta.

e) En caso de liquidación de la entidad, la propiedad de la obra de arte será adjudicada a la entidad donataria.

f) Cuando la entidad donataria sea una de las contempladas en el Capítulo I del Título II de esta Ley no podrán acogerse a este incentivo las ofertas de donación efectuadas por sus asociados, fundadores, patronos, gerentes y los cón-

yuges o parientes, hasta el cuarto grado inclusive, de cualquiera de ellos.

A los efectos de este artículo se entenderán por obras de arte los objetos de arte, antigüedades y objetos de colección definidos en la normativa reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido que tengan valor histórico o artístico.

2. Las cantidades totales deducibles serán iguales al coste de adquisición del bien o al valor de tasación fijado por la Administración, cuando éste sea inferior. En este último caso, la entidad podrá, si lo estima conveniente, retirar la oferta de donación realizada.

3. La deducción se efectuará, por partes iguales, durante el período comprometido de acuerdo con lo previsto en la letra a) del apartado 1, hasta un límite máximo por ejercicio que se determinará en el porcentaje resultante de dividir diez por el número de años del período. Dicho límite se referirá a la base imponible.

En el caso de empresarios y profesionales el cómputo de dicho límite se efectuará sobre la porción de base imponible correspondiente a los rendimientos netos derivados de la respectiva actividad empresarial o profesional ejercida.

4. La deducción contemplada en este artículo será incompatible respecto de un mismo bien, con las deducciones previstas en los artículos 59 y 63 de esta Ley.

Artículo 70. Gastos en actividades de interés general y de fomento y desarrollo de algunas artes

A efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y, en el caso de empresarios y profesionales en régimen de estimación directa, de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de partida deducible las cantidades empleadas por las empresas en:

a) La realización de actividades u organización de acontecimientos públicos, de tipo asistencial, educativo, cultural, científico, de investigación, deportivo, de promoción del voluntariado social o cuales-

quiera otro de interés general de naturaleza análoga, en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

b) La realización de actividades de fomento y desarrollo del cine, teatro, música y danza, la edición de libros, vídeos y fonogramas, en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

El importe de deducir por estos conceptos no podrá exceder del 5 por 100 de la base imponible.

Alternativamente, a elección del sujeto pasivo, dicho límite será del 0,5 por 1.000 de su volumen de ventas sin que, en ningún caso la aplicación de este porcentaje pueda determinar una base imponible negativa.

En el caso de empresarios y profesionales el cómputo de dicho límite se efectuará sobre la porción de base imponible correspondiente a los rendimientos netos derivados de la respectiva actividad empresarial o profesional ejercida.

El límite de deducción contemplado en este precepto será compatible con el previsto en el artículo 63 y en el artículo 68 de esta Ley.

Disposición adicional primera. Cargas duraderas

El Protectorado exigirá y controlará el cumplimiento de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de fines de interés general. Tales cargas deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones y, en su caso, en el de la Propiedad.

Disposición adicional segunda. Fundaciones del Patrimonio Nacional

Las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio (RCL 1982\1598), del Patrimonio Nacional, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley, con excepción del régimen tributario de las aportaciones efectuadas a entidades sin fines lucrativos contenido en el Capítulo II del Título II, que les será aplicable.

*Disposición adicional tercera.
Fundaciones de entidades religiosas*

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas.

*Disposición adicional cuarta.
Régimen tributario de la Cruz Roja Española y de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE)*

El régimen previsto en los artículos 48 a 58, ambos inclusive, de la presente Ley, será de aplicación a la Cruz Roja Española y a la ONCE.

*Disposición adicional quinta.
Régimen tributario de la Iglesia Católica y de otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas*

1. El régimen previsto en los artículos 48 a 58, ambos inclusive, de la presente Ley será de aplicación a la Iglesia Católica y a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español.

2. El régimen previsto en el artículo 58.1 de esta Ley será de aplicación a las entidades que tengan legalmente equiparado su régimen fiscal al de las entidades sin fin de lucro, benéfico-docentes, benéfico-privadas o análogas en la forma prevista en el artículo 46.2 de esta Ley.

*Disposición adicional sexta.
Régimen tributario de las aportaciones efectuadas a otras entidades*

El régimen previsto en los artículos 59 a 68, ambos inclusive, de la presente Ley, será aplicable a los donativos efectuados y a los convenios de colaboración celebrados con las siguientes entidades:

El Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Universidades Públicas y los Colegios Mayores adscritos a las mismas, los organismos públicos de investigación, el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música y el Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza y organismos análogos de las Comunidades Autónomas.

Los entes públicos y los organismos autónomos administrativos que reglamentariamente se determinen.

La Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado Español.

El Instituto de España y las Reales Academias Oficiales integradas en el mismo, las instituciones con fines análogos a la Real Academia Española de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia.

La Cruz Roja Española.

El Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía.

La ONCE.

*Disposición adicional séptima.
Legalización de libros y presentación de cuentas*

Todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que, en virtud de la normativa reguladora de este impuesto, vieran obligados a llevar la contabilidad exigida en la misma, deberán legalizar sus libros y presentar sus cuentas anualmente en la forma establecida con carácter general en la legislación mercantil para los empresarios.

*Disposición adicional octava.
Adaptación del Plan General de Contabilidad (RCL 1990\2682 y RCL 1991, 676)*

En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno aprobará la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos.

*Disposición adicional novena.
Modificación de los artículos 5 y 25 de
la Ley 61/1978, de 27 de diciembre
(RCL 1978\2837), del Impuesto sobre
Sociedades*

Con efectos a partir del primer ejercicio que se inicie a partir de la entrada en vigor de esta Ley:

Uno. Se da nueva redacción al artículo 5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 5. Exenciones.

1. Están exentos del Impuesto sobre Sociedades:

a) El Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas territoriales.

b) Los organismos autónomos del Estado de carácter administrativo y los organismos autónomos y entidades autónomas de análogo carácter de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales.

c) Los organismos autónomos del Estado de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y los organismos autónomos y entidades autónomas de análogo carácter de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales.

d) El Banco de España y los fondos de garantía de depósitos.

e) Las entidades públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social. Esta exención no alcanzará a los rendimientos derivados de los seguros privados realizados por aquéllas.

2. Están igualmente exentos del Impuesto sobre Sociedades:

a) Los establecimientos, instituciones, fundaciones o asociaciones de hecho de carácter temporal para arbitrar fondos que hayan sido calificados o declarados benéficos o de utilidad pública por los órganos competentes del Estado, así como las asociaciones sin ánimo de lucro, inscritas en el Registro público correspondiente, que no reúnan los requisitos para disfrutar del régimen fiscal establecido en la Ley de fundaciones y de incentivos a la participación privada en actividades de interés general.

b) El Instituto de España y las Reales Academias Oficiales integradas en el mismo, las instituciones con fines análogos a la Real Academia Española de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia.

c) Las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas.

d) Los partidos políticos, los sindicatos de trabajadores, los colegios profesionales, las asociaciones patronales y las Cámaras Oficiales siempre que en cada supuesto exista reconocimiento legal expreso de la personalidad jurídica de la entidad en cuestión.

e) Los fondos de promoción de empleo constituidos al amparo del artículo 22 de la Ley 27/1984, de 26 de julio (RCL 1984\1935), sobre Reconversión y Reindustrialización.

f) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que cumplan los requisitos establecidos por su normativa reguladora.

La exención a que se refiere este número no alcanzará a los rendimientos que estas entidades pudieran obtener por el ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados de su patrimonio, ni tampoco a los incrementos de patrimonio. No obstante, estarán exentos los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a título lucrativo.

A estos efectos, se entenderán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Asimismo, estarán exentos los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto en la transmisión de bienes no afectos a la obtención de rentas gravadas cuando el total producto obtenido se destine a nuevas inversiones relacionadas con

las actividades exentas de acuerdo con lo que se establece en el artículo 15.8 de esta Ley.

3. Las exenciones a que se refieren los dos números anteriores no alcanzarán en ningún caso a los rendimientos sometidos a retención por este Impuesto.

4. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá declarar, a condición de reciprocidad, la exención de las entidades de navegación marítima o aérea residentes en el extranjero, cuyos buques o aeronaves toquen territorio español, aunque tengan en éste consignatarios o agentes».

Dos. Las Mutualidades de Previsión Social tributarán en el Impuesto sobre Sociedades al tipo de gravamen previsto para las sociedades mutuas de seguros.

Tres. Se da nueva redacción a la letra a) del número 1 del artículo 25 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, que quedará redactada de la siguiente forma:

«Uno. Los rendimientos que se deriven de las explotaciones de servicios municipales o provinciales de prestación obligatoria, según la legislación vigente, aunque se municipalicen o provincialicen en régimen de gestión directa o en forma de empresa privada, pero no cuando se exploten por el sistema de empresas mixtas».

Cuatro. Los establecimientos, instituciones y entidades que, no reuniendo los requisitos previstos en el Título II de la presente Ley, tuvieran su régimen fiscal equiparado al de las entidades sin fin de lucro, benéfico-docentes, benéfico-privadas o análogas, se regirán por lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Disposición adicional décima.

Modificación del artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio (RCL 1985\1547 y 2916), del Patrimonio Histórico Español

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, quedará redactado como sigue:

«El pago de 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 podrá realizarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en la forma que reglamentariamente se determine.

No se someterán, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ni al de Sociedades, los incrementos o disminuciones de patrimonio que se pongan de manifiesto en el momento de la entrega de los anteriores bienes, como dación en pago de cualquiera de los impuestos citados».

Disposición adicional undécima.
Régimen fiscal de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico de las Comunidades Autónomas

El régimen establecido en el Título II de esta Ley referente a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio (RCL 1985\1547 y 2916), del Patrimonio Histórico Español, se aplicará a los bienes culturales declarados o inscritos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en sus normas reguladoras.

A los efectos de lo dispuesto en los artículos 60.1, 64.1 y 69.1 a), de esta Ley, y en el artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, la valoración de tales bienes por las Comunidades Autónomas se realizará por sus órganos competentes según las respectivas normas reguladoras. Asimismo, la valoración se realizará por los mismos órganos cuando la donataria sea una Comunidad Autónoma.

*Disposición adicional duodécima.
Régimen aplicable a las federaciones
deportivas territoriales y al Comité
Olímpico Español*

Lo dispuesto en el párrafo primero de los artículos 42.2, y 43 de esta Ley no resultará de aplicación, en su caso, a las federaciones deportivas españolas, a las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas y al Comité Olímpico Español.

*Disposición adicional decimotercera.
Modificación del artículo 4 de la Ley
191/1964, de 24 de diciembre
(RCL 1964\2842), Reguladora
de las Asociaciones.*

Se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, Reguladora de las Asociaciones, en los siguientes términos:

«1. Podrán ser declaradas de utilidad pública aquellas asociaciones en las que concurren los siguientes requisitos:

a) Que sus fines estatutarios sean asistenciales, cívicos, educativos, científicos, culturales, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros que tiendan a promover el interés general.

b) Que su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados, sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines.

c) Carecer de ánimo de lucro, y no distribuir entre sus asociados las ganancias eventualmente obtenidas. En caso de disolución, su patrimonio deberá aplicarse a la realización de actividades sujetas al cumplimiento de los requisitos anteriores.

d) Que los miembros de la junta directiva desempeñen gratuitamente sus cargos, sin perjuicio de poder ser reembolsados por los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione.

e) Que cuenten con los medios personales y materiales adecuados y con la organización idónea para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios.

f) Que se encuentren constituidas, en funcionamiento y dando cumplimiento efectivo a sus fines estatutarios, ininterrumpidamente y concurriendo todos los precedentes requisitos al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.

2. Las asociaciones declaradas de utilidad pública tendrán los siguientes derechos:

a) Usar la mención «Declarada de Utilidad Pública» en toda clase de documentos, a continuación del nombre de la entidad.

b) Disfrutar de las exenciones y beneficios fiscales que las leyes reconozcan a favor de las mismas.

3. Antes del 1 de julio de cada año, las asociaciones declaradas de utilidad pública deberán rendir cuentas del ejercicio anterior, y presentar una memoria descriptiva de las actividades realizadas durante el mismo, ante el Ministerio de Justicia e Interior o la entidad u órgano público que hubiese verificado su constitución y autorizado su inscripción en el Registro correspondiente.

Asimismo, deberán facilitar a las Administraciones Públicas los informes que éstas les requieran, en relación con las actividades realizadas en cumplimiento de sus fines.

4. La declaración de utilidad pública se llevará a cabo en virtud de Orden del Ministro de Justicia e Interior, previo informe favorable de las Administraciones Públicas que tengan competencias en relación con los fines estatutarios y actividades de la asociación, y, en todo caso, del Ministerio de Economía y Hacienda.

La declaración será revocada, previa audiencia de la asociación afectada, por Orden del Ministro de Justicia e Interior, cuando la situación o la actividad de la asociación no respondan a las exigencias o requisitos fijados en el apartado 1 de este artículo, o los responsables de su gestión incumplan lo prevenido en el apartado 3.

El procedimiento de declaración y revocación se determinará reglamentariamente».

*Disposición adicional decimocuarta.
Canje o conversión de títulos, pagarés e inscripciones de la Deuda perpetua*

Se autoriza al Gobierno a proceder al canje o conversión, a solicitud de sus tenedores, de los títulos, pagarés e inscripciones nominativas de la Deuda perpetua interior y exterior al 4 por 100, emisiones de 1 de octubre de 1971-1981 y 1 de julio de 1974, en otros valores de la Deuda del Estado, con reembolso en metálico de los residuos, si los hubiese.

Podrá, asimismo, llamar a reembolso en metálico los valores de todas o algunas de las emisiones citadas que no hayan sido canjeadas en el plazo que se fije al efecto.

El Ministerio de Economía y Hacienda, en cuanto no haya sido determinado por el Gobierno, fijará los términos, plazos y procedimientos para la ejecución de lo previsto en los párrafos precedentes.

*Disposición adicional decimoquinta
Federaciones y asociaciones de entidades*

Las federaciones y asociaciones de entidades contempladas en esta Ley podrán disfrutar del régimen fiscal previsto en el Título II, siempre y cuando los requisitos previstos en el mismo se cumplan tanto por las federaciones y asociaciones respectivas como por las entidades integradas en las mismas.

*Disposición adicional decimosexta.
Fundaciones extranjeras*

En el caso de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones al amparo de lo previsto en el artículo 5 de esta Ley, el régimen fiscal establecido en el Título II se entenderá referido, exclusivamente, a la actividad de la delegación en España.

*Disposición adicional decimoséptima.
Asociaciones deportivas que pueden ser declaradas de utilidad pública*

Las asociaciones deportivas que cumplan con lo establecido en la disposición adicional decimotercera de esta Ley podrán ser declaradas de utilidad pública, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 10/1990, de 15 de octubre (RCL 1990\2123 y RCL 1991, 1816), del Deporte.

*Disposición adicional decimoctava.
Fundaciones laborales*

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley el Gobierno deberá regular el régimen económico, organizativo y fundacional de las entidades constituidas en virtud de convenio colectivo entre las organizaciones empresariales y sindicales que, a la entrada en vigor de la presente Ley, hayan adoptado la forma de Fundación laboral.

*Disposición transitoria primera.
Fundaciones preexistentes*

1. Las fundaciones preexistentes de competencia estatal, constituidas a fe y conciencia, estarán sujetas a los preceptos de la ley salvo aquellos cuya aplicación suponga, en virtud de lo dispuesto expresamente por el fundador, el cumplimiento de una condición resolutoria que implique la extinción de la Fundación.

2. Respecto de dichas fundaciones, el artículo 31.2 sólo será de aplicación transcurridos dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, quedando sin efecto desde esa fecha las disposiciones estatutarias que se le opongan.

*Disposición transitoria segunda.
Adaptación de Estatutos de Fundaciones y asociaciones de utilidad pública*

1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en la misma y presentarlos en el Registro de Fundaciones.

Excepcionalmente, el Protectorado, a solicitud razonada del Patronato, y cuando consten acreditadas circunstancias que objetivamente lo justifiquen, podrá prorrogar hasta un máximo de dos años más dicho plazo.

En igual plazo, y respecto de las fundaciones preexistentes que no hubieran de adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en esta Ley, el Patronato dará traslado de aquéllos y de la escritura de constitución al órgano de Protectorado respectivo quien a su vez los remitirá al Registro de Fundaciones a efectos de inscripción.

2. Para las fundaciones de competencia de las Comunidades Autónomas dicha adaptación sólo procederá en los términos de la disposición final primera.

3. Transcurrido el plazo previsto en el apartado 1, las fundaciones reguladas en los apartados anteriores, en tanto no cumplan las obligaciones previstas, no podrán gozar de los beneficios fiscales contemplados en la legislación vigente ni obtener subvenciones y ayudas estatales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27.3 de esta Ley.

4. Las asociaciones declaradas de utilidad pública con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, deberán adaptar sus Estatutos a los requisitos contenidos en la disposición adicional decimotercera y en las normas que se dicten para su cumplimiento, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de las mismas. En caso contrario, la declaración de utilidad pública quedará sin efecto desde la terminación del indicado plazo.

Disposición transitoria tercera.

Proporción de gastos de administración

En tanto no se determine reglamentariamente la proporción a que se refiere el artículo 25 de la presente Ley, los gastos de administración no podrán sobrepasar el 10 por 100, salvo que, de acuerdo con la legislación anteriormente vigente, el Protectorado ya hubiera autorizado una proporción superior.

Disposición transitoria cuarta.

Registro de Fundaciones

A los efectos previstos en la presente Ley y en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones a que se refiere el artículo 36, subsistirán los Registros de fundaciones actualmente existentes.

Disposición transitoria quinta.

Acreditación en materia de participación mayoritaria en sociedades mercantiles

1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley las fundaciones ya constituidas y las asociaciones ya declaradas de utilidad pública que ostenten participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles deberán acreditarlo de acuerdo con lo que se establece en el artículo 42.1 c), de esta Ley.

2. Transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior y en tanto la entidad no haya procedido a acreditarlo, no podrá disfrutar del régimen fiscal regulado en el Título II de esta Ley.

Disposición derogatoria única.

Derogación de normas

Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849.

El Real Decreto de 14 de mayo de 1852 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Beneficencia.

El artículo 137 de la Ley 14/1970, de 4 de agosto (RCL 1970\1287 y RCL 1974, 997), General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, si bien mantendrá su vigencia como norma de carácter reglamentario en tanto se dicten las disposiciones de desarrollo de la presente Ley.

El artículo 183, apartado 2º, del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (RCL 1974\1482), Regulador del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El párrafo primero de la disposición final cuarta de la Ley 29/1987, de 18 de di-

ciembre (RCL 1987\2636), del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Cuanto disposiciones se opongan a la presente Ley recogidas en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre Reorganización de Servicios de la Beneficencia Particular e Instrucción para el Ejercicio del Protectorado del Gobierno, en el Decreto 2930/1972, de 21 de julio (RCL 1972\1964), por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos Encargados del Protectorado sobre las Mismas y en el Decreto 446/1961, de 16 de marzo (RCL 1961\378), sobre Fundaciones Laborales.

Las demás disposiciones que se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final primera.

Aplicación de la Ley

1. Los artículos 1.1; 2.1 y 2.3; 6.1; 7.1 y 2; 12.1 y 29, constituyen las condiciones básicas del derecho de Fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución (RCL 1978\2836), y son de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la propia Constitución.

2. a) Los artículos 4, 5 y 37.2 serán, en todo caso, de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución (RCL 1978\2836).

b) Los artículos 6.2, 3 y 4; 7.3; 8; 9; 10.1; 11; 12.2; 15; 16.2; 17.1; 20.1; 27.1, 2 y 3; 28.2; 30.1, 2 y 3; 32.1 y 34.1 y 2 serán de aplicación general, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, a todas las fundaciones incluso a aquellas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas. No obstante, todos estos artículos serán únicamente de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil, foral o especial.

3. Los artículos 16.3; 20.3, último inciso; 28.3; 30.4; 32.3; 34.3 y 35 constituyen legislación procesal, dictada al amparo del artículo 149.1.6ª de la Constitución.

4. El Título II; las disposiciones adicionales cuarta, quinta, sexta, séptima, novena, décima, undécima, duodécima y decimotercera; y la disposición final tercera se dictan al amparo del artículo 149.1.14ª de la Constitución. Esta regulación se entiende sin perjuicio de los regímenes tributarios forales vigentes en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra.

5. Los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

Disposición final segunda.

Entrada en vigor

1. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. No obstante lo anterior, las disposiciones previstas en la Sección 3ª del Capítulo I del Título II surtirán efectos para los ejercicios que se cierren a partir de la expresada fecha.

Disposición final tercera.

Retroactividad

1. La exención prevista en el artículo 58.1 de esta Ley será aplicable a las cuotas devengadas desde el día 1 de enero de 1994.

Los contribuyentes que, teniendo derecho a la exención establecida en el artículo 58.1, hubieran satisfecho los recibos correspondientes, tendrán derecho a la devolución de las cantidades ingresadas.

2. Con excepción de lo dispuesto en el apartado anterior, la eficacia de lo previsto en el Título II de la presente Ley, no podrá abarcar a hechos imponderables o situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, los cuales se registrarán por lo dispuesto en las normas vigentes en tales fechas.

3. Las entidades que reúnan los requisitos previstos en el Título II de la presente Ley, a la fecha de entrada en vigor de la misma, dispondrán de un plazo de tres meses contados a partir de dicha fecha para dirigirse a la Administración Tributaria, acreditando su condición en la

forma prevista en el artículo 46 de esta Ley. Este reconocimiento surtirá efectos desde la entrada en vigor de esta Ley.

*Disposición final cuarta.
Habilitación a la Ley anual de
Presupuestos Generales del Estado*

La Ley de Presupuestos Generales del Estado podrá modificar, de conformidad con lo previsto en el apartado 7 del artículo 134 de la Constitución Española:

- a) El tipo de gravamen a que se refiere el artículo 53.
- b) La reducción prevista en el artículo 55.
- c) Los porcentajes de deducción y límites cuantitativos para su aplicación previstos en los Capítulos II y III del Título II.

*Disposición final quinta.
Desarrollo reglamentario*

1. Se autoriza al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley.
2. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley el Gobierno deberá aprobar las normas reglamentarias precisas para su desarrollo.
3. El Ministro de Economía y Hacienda dictará cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación del Título II de esta Ley.

A PROPÓSITO DE LA REVERSIÓN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL A LA PERSONA FUNDADORA O A LA FAMILIA DEL FUNDADOR¹

Carlos J. Maluquer de Motes Bernet

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

1. Introducción

Establece el artículo 31 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 «...2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la Fundación extinguida. En su defecto este destino podrá ser decidido, a favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación sobre «El tercer sector: marco normativo de las entidades no lucrativas en España», concedido por la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación científica del Ministerio de Educación y Cultura, Programa sectorial de la Formación General del Conocimiento, con referencia PB-1225.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general».

El artículo 24 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego realiza una mención superficial del tema especificando en su parte final que «... la extinción de una Fundación... procederá por las causas previstas en la carta fundacional y en los supuestos establecidos en el artículo 39 del Código Civil, dándoles a los bienes y derechos el destino predeterminado en dichas disposiciones». Y, finalmente, menciona el artículo 39 del Código Civil, que «Si por haber expirado ... se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado».

¿Las cláusulas fundacionales pueden establecer un destino para los bienes que determine su sustracción de estar afectados a fines de interés público?, ¿pueden revertir de nuevo los bienes al patrimonio del fundador o a los herederos o familiares de aquél? O, ¿pueden revertir a una sociedad mercantil o de cualquier otra naturaleza si fue ésta la creadora de la fundación? No aparece el artículo 31 de la ley estatal referente a la liquidación de la Fundación en el contenido de la Disposición Final primera de la misma, que se refiere a su ámbito de aplicación, por lo que el mencionado artículo no resulta de directa aplicación en todo el Estado.

Una lectura precipitada de ambos preceptos puede hacer pensar de que estamos frente a dos planteamientos o soluciones distintos. Por un lado la ley estatal, que excluye la posibilidad de cláusulas reversionales a favor de fundador o, digámoslo, a favor de intereses de carácter privado y, por otro, la ley autonómica con su apoyo en el Código Civil, que estaría a favor de éste tipo de reversión.

2. Análisis en el ámbito de la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre

Con la extinción de la Fundación se entra en una nueva fase que se concreta en el procedimiento de liquidación. La Fundación existe aún como persona jurídica, aunque no esté orientada hacia la realización de la actividad propia, pero la personalidad es precisa para llevar a cabo la actividad liquidatoria. Los órganos de la Fundación, preferentemente el Patronato iniciarán su actividad encaminada a la liquidación de la institución.

Deberá necesariamente, por lo que se refiere al destino de los bienes fundacionales, llevar a cabo el cumplimiento de lo establecido en el ne-

gocio fundacional o en los estatutos de la Fundación que extinguen. Con ello se destaca la voluntad del fundador en la medida en que esté explicitada en el acto fundacional originario o concretada en los propios estatutos. Aunque inicialmente todo ello debe comprenderse como voluntad fundacional, cuando la fundación ha sido constituida por vía testamentaria, puede llegar a diferenciarse la voluntad del testador expresada en el acto mortis causa, del reconocimiento de la facultad reconocida a otras personas de establecer el destino de los bienes y su posterior concreción por las personas legitimadas en los estatutos que necesariamente hay que llevar a cabo con posterioridad.

Ahora bien, esta indicación por el testador del destino no es ilimitada. El testador puede establecer el destino de los bienes, pero éstos tienen que orientarse necesariamente a entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general. La limitación de la voluntad del fundador radica, pues, en algo esencial. Nunca los bienes de la fundación pueden ser destinados a intereses particulares. La voluntad del fundador solamente puede indicar a qué entidades de interés general quiere la destinación, pero el precepto excluye claramente la cláusula de reversión a favor de intereses de carácter particular.

Se excluye de este modo a los herederos o familiares del fundador, lo que significa que no se admite la reversión a favor de las fundaciones familiares. La ley no admite la contemplación de este tipo de reversión, cuya existencia en el acto fundacional o en los estatutos no invalida a la propia institución, ya que existe una mención expresa excluyéndolo en el artículo 2 de la ley cuando dice: «3. En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive.», que si bien está hablando de constitución, puede entenderse sin dificultad que el legislador también quiere ésta exclusión para la reversión. Incluso con mayor precisión se contempla en el artículo 9 referido a los estatutos, cuyo apartado 2 indica: «Toda disposición de los Estatutos de la Fundación o manifestación de la voluntad del testador que sea contraria a la presente ley se tendrá por no puesta».

La limitación es clara y excluyente, que se aplica de la misma forma cuando en el negocio fundacional o en los estatutos no se haya establecido nada y esté facultado el patronato para decidir la destinación final. Éste en ningún caso puede establecer que los bienes de la fundación que se liquidan puedan volver al patrimonio del fundador, (piénsese en el supuesto de una sociedad anónima que ha creado una fundación temporal y que finalizado el tiempo establecido quiere recuperar el patrimonio aportado), y necesariamente tendrá que determinar que los bienes se destinen a fundaciones o entidades no lucrativas de carácter privado que siempre se propongan alcanzar fines de interés general.

Finalmente, cuando no esté facultado el Patronato, corresponderá llevara a cabo tal destinación al Protectorado que, pensamos, aplicará el criterio de fines análogos a los de la fundación extinguida para determinar a la entidad o entidades que se atribuyen los bienes. También debe destacarse que no puede entenderse admisible la reversión utilizando una interpretación del concepto de fundación establecido en el artículo 1 de la Ley, por mucho que se advierta como novedad el carácter organizativo de éstas entidades. Allí se establece que son Fundaciones, aquellas entidades reconocidas como tales, que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Un sector doctrinal importante² destaca la contraposición entre lo duradero y lo perpetuo, destacando que perpetuo y duradero son dos conceptos distintos y que la palabra «duradero» fue incluida deliberadamente por el legislador.

Se destaca que el legislador español conocía la Ley Francesa de Meceazgo de 1987 y el concepto de fundación establecido en dicha ley, que en su artículo 18 la definía como «el acto por el que una o varias personas físicas o jurídicas, deciden la afectación irrevocable, de bienes derechos o ingresos a una obra de interés general no lucrativo», y que se quiso sustituir el término «irrevocable» por el de «duradero» que tiene un significado diferente, manifiesta Juan Ignacio Gomeza Villa³.

Por ello manifiesta dicho autor que el concepto de duradero conlleva la idea de temporalidad, «del tiempo que dura una cosa o que transcurre desde el inicio y el fin de un proceso»⁴, pero que siempre es indicativo de temporalidad y que ésta, por lo que se refiere a la afectación de un patrimonio para la realización de una actividad de interés general, no significa nunca irrevocabilidad de la afectación o afectación permanente o perpetua del mismo. Manifestación que, en parte es cierta, pero que no compartimos cuando se habla de los bienes o patrimonio de una institución fundacional. Lo cierto, como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, el patrimonio de la Fundación es un patrimonio sin retorno para el fundador pues en indicación de Piñar Mañas «... si bien la fundación puede ser duradera, la afectación de los bienes a fines de interés general es siempre perpetua»⁵.

² En donde se destaca la aportación de Gomeza Villa, Juan Ignacio. El Derecho de reversión de los bienes, reservado por los dotantes, donantes o testadores al atribuirlos a Fundaciones, antes y después de la Ley 30/1994 de Fundaciones. Ciclo de Conferencias Fundación BBV. Madrid, 1998, pág. 36.

³ GOMEZA VILLA, Juan Ignacio, ob. cit., pág. 36.

⁴ GOMEZA VILLA, Juan Ignacio, ob. cit., pág. 38.

⁵ PIÑAR MAÑAS, Jose Luis. Comentario al artículo 1, en Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Madrid, 1995, pág. 12.

3. Análisis del art. 24 de la Ley 7/1983, de 22 de junio y del art. 39 del Código Civil

El art. 24 de la ley de Fundaciones de Galicia contempla al extinción de la Fundación, indicando que «... procederá por las causas previstas en la carta fundacional y en los supuestos establecidos en el artículo 39 del Código Civil, dándole a los bienes y derechos el destino predeterminado en dichas disposiciones».

El artículo incluye la desaparición de una entidad o su transformación o fusión y elude el problema limitándose a hacer una remisión a «dichas disposiciones», sin que quede claro si la carta fundacional es una disposición o si hay que entender como disposición solamente el artículo 39 del Código Civil, ya que es el único que menciona. Nieto indica que el precepto resulta «simplemente remisorio» y que presenta una regulación «harto defectuosa»⁶, manteniéndose dicha vaguedad en el Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento. Dichas imprecisiones no le impiden a la autora, a nuestro juicio, dar a entender que es contraria, en general, a considerar como válida la cláusula de reversión, pues tiene muy presente que estamos ante una institución de interés general y que éste debe considerarse como contenido esencial del derecho de fundación.

Pero estas remisiones al artículo 39 del Código Civil, nos delimita la necesidad de proceder a su análisis, cuyo texto dice: «Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaba legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en ésta previsión asignado...», como ha puesto de relieve de forma brillante Vallet de Goytisolo⁷.

Por consiguiente, el precepto inicialmente no concreta una destinación de los bienes de una forma determinada, pero si vemos que hace mención a tres tipos de fuentes determinadas: la ley, los estatutos y las cláusulas fundacionales. Exigirle una mayor precisión a este precepto sería demasiado y más aún si tenemos en cuenta que no existe precedente

⁶ NIETO ALONSO, Antonia. *Fundaciones: su capacidad*. La Coruña, 1966, pág. 432-440.

⁷ No compartimos en absoluto el profundo, bien documentado y minucioso estudio llevado a cabo por Vallet de Goytisolo, Juan Bms., en forma de Dictamen emitido a solicitud de una determinada entidad bancaria. Véase: Dictamen emitido por a solicitud de la Fundación F, acerca de: A) La existencia de un pacto de reversión al Banco fundador puede hallarse afectado por las Leyes de 1994 estatal y vasca de Fundaciones; y B) por cual de estas leyes debe regirse. *Revista jurídica del Notariado*. Madrid, Abril-Junio 1996, núm. 18, pp. 297-351.

en los proyectos de código civil anteriores. Pero no debe olvidarse que este precepto constituye el último de los que componen el capítulo II con la rúbrica «De Las Personas Jurídicas», dentro del Título II del Libro Primero. Sin que deba perdersé de vista, que el código está hablando de entidades con personalidad jurídica y, en nuestro caso, sin ánimo de lucro.

Como tampoco hay que olvidar que para especificar la destinación de los bienes, el artículo nos habla de «las leyes», dando preferencia a éstas sobre las otras fuentes, estatutos y cláusulas. Por ello no puede pensarse en este contexto en normas de derecho privado estricto como pueden ser la regulación que el propio código contempla del derecho sucesorio. Y no puede aplicarse analógicamente las normas de la sustitución fideicomisaria. Aquí no hay institución particular ni llamamientos a grados o a generaciones.

Estamos en presencia de unos bienes de una persona jurídica, o sea de una entidad de interés general. Por lo que han de quedar excluidas de aplicación todas aquellas normas referentes a las reversiones patrimoniales de las donaciones inter vivos o mortis causa (art. 641 Cc.), o a los llamamientos sucesorios sujetos a término o condición resolutoria (art. 790 Cc.), o a las sustituciones fideicomisarias (art. 781 Cc.), o a la imposición de cargas o gravámenes (arts. 788 y 797 Cc.). Por lo que cuando habla de «las leyes» está pensando en normas jurídicas unitarias aplicables a instituciones y pensadas para éstas, como pueden ser las leyes de beneficencia, y no a particulares.

Creemos que el Código civil se planteó una diferenciación entre las instituciones que denominó Personas jurídicas y que reguló en los artículos 35 y siguientes, de las instituciones de carácter particular, preferentemente de liberalidad, donaciones y sucesorias. Para las primeras, estableció una regulación exclusiva, hasta cierto punto dubitativa, por la falta de maduración y consideración de lo que representaba regular unas entidades nuevas, que no persiguieran ánimo de lucro, que fueran distintas de las sociedades económicas, por cuanto se orientarían hacia el alcance del interés general. Para las segundas, las instituciones o figuras de liberalidad, mantuvo la aplicación siempre de las normas de gratuidad y, por tanto, con todas las posibilidades que ellas ofrecían, principalmente la voluntad del donante o del testador. Por ello no cabe dudar en la aplicación a éstas del contenido de los artículos citados con anterioridad. Pero siguió manteniendo un cierto recelo respecto de esa amplia posibilidad de liberalidad, decidiendo limitarlo por medio de establecer la limitación de dos llamamientos o generaciones. En definitiva, se propuso evitar que se crearan de nuevo bienes particulares vinculados de forma perpetua⁸.

⁸ CASTRO Y BRAVO, Federico de. Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares. *Anuario de Derecho Civil*, 1953, págs. 623 y ss.

En efecto, se ha puesto de relieve la validez de la cláusula de reversión establecida en los estatutos de una Fundación que contempla el destino posterior de los bienes fundacionales al extinguirse la institución⁹. Dichas cláusulas de reversión determinan que al extinguirse la fundación los bienes vuelven de nuevo al patrimonio del fundador, quien los recupera de forma absoluta y puede disponer de ellos con plena libertad, por ser considerados bienes libres. La validez de dichas cláusulas se ha relacionado con la temporalidad de la Fundación para entender que, admitida ésta, no cabe ya plantearse la duda en admitir la cláusula reversional, que afecta tanto a los bienes que constitúan la dotación como a todos aquellos que la Fundación adquiriese sin tener tal consideración.

También la presencia de dos sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1964 y de 6 de junio de 1987, admitiendo y declarando prevalente la voluntad del fundador, que establecía la reversión de los bienes a los herederos, se utiliza como argumento a favor de la admisibilidad de la reversión de los bienes de una fundación al destino familiar o particular señalado por el fundador, al extinguirse ésta. Pero no nos convence la argumentación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la consideramos absolutamente errónea, ni el relacionar la validez de las cláusulas reversionales con la temporalidad constitutiva de la Fundación.

Al primer planteamiento es contundente la respuesta o punto de vista establecido por Caffarena¹⁰, al advertir que los bienes nunca puede pasar al fundador o a los herederos de éste, pues ello vendría a desvirtuar todo el conjunto de planteamientos desvinculadores y desamortizadores establecidos durante todo el siglo XIX, tanto por las leyes como por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, parte de cuyo análisis puede contemplarse en la obra de Maluquer de Motes¹¹.

Al segundo, relacionar la validez de la cláusula de reversión con la temporalidad de la Fundación, nos parece un argumento no compartible dado que representa la mezcla de dos aspectos que no tienen nada en común. No hay que olvidar que la constitución de una Fundación es un acto enteramente libre, producto de la más absoluta autonomía de la voluntad. Representa el querer establecer una organización sobre un pa-

⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms, ob. cit., págs. 298 a 318.

¹⁰ CAFFARENA, JORGE. Comentario al artículo 31, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, págs. 281 a 285.

¹¹ MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., *La Fundación como Persona Jurídica en la Codificación Civil: De Vinculación a Persona (Estudio de un proceso)*. Barcelona, 1983; Este planteamiento es corroborado por TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. Estudio previo, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid, 1995.

trimonio, de forma desinteresada, para la realización de actividades de interés general. La figura es una tipología que las leyes establecen al servicio de los ciudadanos, que representa siempre el perder el patrimonio que se aporta a la nueva institución. Por ello la ley personifica ese acto de liberalidad del fundador. Y nunca se puede, ni las normas lo quieren, dar un tipo de respuesta en el mismo sentido que se establece cuando se persigue un interés de carácter particular, decisión sucesoria a favor de los parientes o amigos, o reparto entre los diferentes miembros como si fuera una clara sociedad que persigue un ánimo de lucro.

La ley admite la personificación de aquellos bienes que se aportan precisamente para que nunca vuelvan al patrimonio del que salieron y la temporalidad constitutiva de la entidad tiene una fuerza inferior al valor de la constitución que, en ningún momento, puede hacer perder, poner en peligro o prevalecer sobre la esencia de la institución fundacional. Si se constituye la Fundación por un período temporal, al extinguirse los bienes igualmente han de destinarse a continuar realizando actividades de interés general. Hay otras instituciones para las leyes que pueden ser utilizadas por los ciudadanos para realizar funciones parecidas. La creación de un patrimonio separado, cuyos rendimientos de gestión se dedicasen a una actividad de interés general permite siempre toda idea de reversión, aunque, lógicamente, no sería nunca una persona jurídica fundación.

4. La Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849

Y en este contexto creemos que debe tenerse presente la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y el Real decreto de 20 de mayo de 1852, por el que se aprueba el reglamento que, como se sabe, han sido derogadas por la Ley de Fundaciones de 1994. El artículo 1º de la ley de beneficencia establece: «Los Establecimientos de Beneficencia son públicos. Se exceptúan únicamente, y se considerarán como particulares si cumpliesen con el objeto de su fundación, los que se costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección y administración esté confiada a Corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto, o a patronos designados por el fundador».

Igualmente se sigue encontrando esta idea en la breve legislación posterior. Así la Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular aprobada por Decreto de 14 de marzo de 1899, cuando en su artículo 7. 3º establece como facultades que corresponden al Ministro de la Gobernación: «3ª Aplicar los fondos sobrantes o de objeto caducado en las fundaciones particulares a otro servicio inexcusablemente benéfico y de carácter particular».

No precisando excesivamente la terminología de la época, los establecimientos eran la creación de instituciones de carácter permanente para la obtención de una finalidad, también de carácter permanente, consecuencia del reconocimiento en las personas de una amplia facultad de crear o fundar. Normalmente a estas instituciones se las reconoce indistintamente como «fundaciones o establecimientos», y tiene su origen en una disposición de tipo sucesorio. Escriche, en su diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de 1874, considera el establecimiento como «la ley, ordenanza u estatuto; la fundación, institución o erección de un colegio, universidad, hospicio, casa de misericordia u otra cosa semejante».

Pero sin perjuicio de la distinción entre públicos y particulares, el artículo 16 de la ley especifica literalmente: «La supresión de cualquier establecimiento de Beneficencia, público o particular, supone siempre la incorporación de sus bienes, rentas y derechos en otro establecimiento de Beneficencia». No existe la menor duda del sentido de esta disposición. La ley lo estableció a mitad del siglo XIX cuando ya se empezaba a superar la idea de desvincular toda institución. Los principios desvinculadores y desamortizadores llevaron a la supresión de muchas instituciones. Con frecuencia existía, en las disposiciones sucesorias que creaban estas instituciones, una cláusula por la que se impedía la intervención del Gobierno en ellas y por la cual, en el supuesto de que se produjera, se entendería la fundación caducada con la consiguiente indicación de que los bienes de la misma devían volver a los parientes del fundador. Esto último comportaba la eliminación de todas estas instituciones y la pérdida de la función de interés general que realizaban. La ley pretende frenar este sistema reversional estableciendo la imposibilidad de que los bienes vuelvan al patrimonio del fundador o de sus sucesores. Y este criterio se mantiene en toda la legislación posterior.

Pero el desprendimiento de los bienes de su origen y de su posibilidad de retorno quizá se hace más evidente con la incorporación de la idea de personificación que se discute de forma primaria con motivo de esta ley y que alcanzará su plasmación más concreta en el código civil. Al discutirse la ley de Beneficencia en el Congreso, indicaba el diputado Gómez de la Serna: «... Considerarse una cosa como particular, es decir, que no goza de los privilegios y de los derechos de una persona jurídica; es decir, que no gozará de las preeminencias que las leyes dan a los establecimientos públicos por considerarlos como menores, como desvalidos, como personas que deben estar bajo la protección y la inspección de los agentes de la autoridad»¹².

¹² GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. Diario de Sesiones del Congreso de 15 de febrero de 1949, núm. 36, pág. 750.

La explicación es determinante. Con la supresión de las vinculaciones y la aplicación de los principios desamortizadores, muchas de las instituciones que realizaban una función social y de servicio al interés general dejaron de existir. Las familias de los fundadores reclamaron la reversión de los bienes fundaciones y el patrimonio de estas instituciones volvió a su origen particular¹³ Los Establecimientos y las Fundaciones dejaron de existir y la actividad de interés general que realizaban tenía que ser asumida por el Estado. Circunstancia que, evidentemente, no se produjo. El Estado no tenía capacidad ni disponía de los medios suficientes para llevar a cabo una determinada y necesaria función social.

Por ello, se hacía necesario volver al principio, pero de forma diferente. Recuperar la existencia y eficacia de dichas instituciones se convirtió en un factor necesario para el Estado. Y solamente podía llevarse a cabo estimulando la iniciativa privada por medio de un reconocimiento del interés social que dicha iniciativa podía realizar. De este modo se personifica dicha iniciativa, envolviendo ese acto de desprendimiento económico con una estructura que lo convierta en irreversible. Así resulta la Fundación, la personificación del patrimonio económico atribuido inicialmente por los particulares para llevar a cabo con su rendimiento una actividad de interés general. Surge la dotación y la personificación de esa dotación: la Fundación¹⁴.

Ésta será considerada siempre como la personificación de un patrimonio que, desprendido e independizado de su primitivo titular, no volverá a recuperar nunca más. Los actos de liberalidad particulares pasan a convertirse en el patrimonio propio de una entidad jurídicamente distinta. Y, como la voluntad particular quiere que se realice una actividad de interés general, a ésta finalidad se dedicará siempre la totalidad del patrimonio. De este modo si por cualquier causa desaparece la entidad, el patrimonio ha de continuar supeditado a la realización de ese interés general. Y no cabrá, respecto del mismo, la posibilidad de reversión. El patrimonio es, en expresión recogida por Gomeza Villa «como un camino sin retorno para el fundador»¹⁵.

¹³ CASTRO Y BRAVO, Federico de., ob. cit., págs.642 a 647.

¹⁴ Esta idea, entre otros muchos, se puso de relieve por GRACÍA Y PAREJO, Rafael, cuando expresaba: «En las Fundaciones, la finalidad a la que los bienes han de aplicarse viene expresamente determinada, y aquellas personas que están llamadas a disfrutar de sus bienes, no ostentan el carácter de usufructuarios, que les permitiría el uso de los mismos. Al contrario de lo que ocurre en el fideicomiso, respecto al uso. Las Fundaciones constituyen, pues, unas personas ideales. Idealización que representa la personificación de la finalidad que se proponen. Ésta permitirá configurar y trasladar la mera y simple disposición de carácter sucesorio a la teoría general de la persona, transformando una institución meramente sucesoria en una institución totalmente personificada». De las Fundaciones como personas jurídicas. En Revista de los Tribunales, 1886, n° 13, pág. 228.

¹⁵ Atribuye su uso a PIÑAR MAÑAS y CAFFARENA, ob. cit., pág. 27.

5. La incidencia de la Constitución de 1978

A nuestro juicio la Constitución de 1978 ha venido a ratificar esta posición del legislador, al comprender las dos bases principales sobre las que se sustentan las Fundaciones: la voluntad de fundar, ya sea por un particular o por una entidad o persona jurídica, y la voluntad de realizar con el patrimonio propio una actividad de interés general. Para ello reconoce este derecho en un precepto, artículo 34, después del reconocimiento del derecho de propiedad privada, que queda establecido en el artículo 33. En concreto el artículo 33 establece el reconocimiento del derecho de fundación para finalidades de interés general, de acuerdo con la ley. Y establece que también regirá para las fundaciones aquello que se establece en los apartados 2 y 4 del artículo 22.

Es importante ver brevemente el trámite parlamentario de este precepto. Inicialmente en el texto constitucional el derecho de fundación estaba junto con el derecho de asociación en un solo precepto, el artículo 22. A consecuencia de las enmiendas presentadas, la Ponencia separó el texto del artículo 22 en dos artículos, a saber: el 21 para el derecho de asociación y el artículo 22 para el derecho de fundación que, aprobado en el Congreso quedó redactado de la siguiente forma: «Artículo 22. Se reconoce el derecho de fundación con arreglo a la Ley. Regirá también para las Fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo anterior».

Una vez en el Senado el texto fue objeto de modificaciones esenciales perdiendo su consideración de derecho fundamental, en la medida en que fue trasladado de la sección 1ª a la sección 2ª, y se añadió en el párrafo 1º la frase «para fines de interés general». Se justificaron aquellas modificaciones por llamamientos al interés general cuando se decía «no a las fundaciones privadas, no a las fundaciones vinculadoras, no a las fundaciones para burlar el sistema tributario».

También se especificó por el senador Sáinz de Varanda Jiménez «... no es realmente ninguna innovación, sino simplemente pedir la Comisión que mantenga el sistema jurídico español vigente, que mantenga el sistema que desde las Leyes desamortizadoras, que como consecuencia de los acuerdos y derechos de las Cortes de Cádiz, se dictaron luego, se recogían en la Ley de 11 de octubre de 1820. En nuestro sistema rige un principio de libertad para unas fundaciones, pero solamente para los fines que el derecho público...»¹⁶. Por lo que se destaca que el reconoci-

¹⁶ La intervención puede consultarse lógicamente en el Diario de Sesiones del Senado. De todas maneras, la agrupación de los trabajos parlamentarios que se produjeron en la elaboración y aprobación por el Congreso de los Diputados y por el Senado se encuentran en el volumen II. De la obra Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales. Madrid, 1995.

miento constitucional solamente tiene sentido cuando se realiza una fundación con una finalidad de interés general que, efectivamente constituía el «sistema español vigente», en la medida en que el Código Civil solamente reconoce personalidad para las entidades de interés general o público. Lo cual ya es mucho pues conviene recordar que la personalidad se reconoció precisamente por el hecho de que los bienes que constituyen la dotación de una fundación se establecen para una finalidad de interés general.

El gran acontecimiento consiste precisamente en el reconocimiento de la personalidad jurídica a unos bienes que no persiguen un interés particular. De perseguirlo, no es preciso reconocer personalidad a las fundaciones, puesto que no caldría que lo fueran ya que existían en el ordenamiento figuras suficientes para utilizar tal posibilidad (piénsese en la comunidad por cuotas o en cualquier tipo de sociedad). Si se reconoce es precisamente por la finalidad que persiguen y para que pueda desprenderse definitivamente el patrimonio de los bienes particulares del fundador o fundadores y no puedan confundirse ni ahora ni después.

6. El carácter de privilegio y su función social

El reconocimiento del derecho de fundar se establece en la Constitución con posterioridad al reconocimiento del derecho de propiedad. Se ha mencionado que esto representa un cambio respecto a como se planteó inicialmente. Esto significa lo que es la fundación «un conjunto de derecho de propiedad organizada». En concreto la define el artículo 1 de la ley del 94 como aquella organización que tiene afectado un patrimonio de modo duradero».

Y podemos preguntarnos ¿qué necesidad existe de permitir que una persona realice una determinada actividad con su patrimonio?, ninguna. Toda persona privada, física o jurídica, puede hacer, en principio, con su patrimonio lo que le plazca siempre que tenga su libre disposición. Pero siendo esto cierto, la realidad es que el titular del derecho de propiedad particular puede realizar, para la Constitución, una determinada función social. El derecho de propiedad no es absoluto, sino que viene delimitado en su contenido por la función social y siempre de acuerdo con las leyes.

El derecho de fundar, en cuanto reconocimiento a la libertad de ejercicio de un derecho de propiedad, también tiene un límite que es la función social de este derecho que viene delimitado en su contenido por las leyes. Y las leyes establecen que la persona que quiere ejercer este derecho, tiene que ejercitarlo de conformidad a la legislación, la cual reconoce a esa voluntad o voluntades particulares una personalidad jurídica,

considera esa voluntad particular como una institución y le impone la independencia absoluta al inicio y para siempre de los bienes que la voluntad o las voluntades particulares atribuyen a la entidad, ya que dejan de constituir bienes particulares y pasan a ser bienes de la entidad.

Las cláusulas contrarias se tienen por no puestas y no perjudican a la institución ya que ésta, desprendida ya de las voluntades persigue una finalidad de interés general y dicha voluntad prevalece sobre el deseo o resurgimiento de la voluntad particular de recuperar los bienes inicialmente aportados. Si no existió dudas con la legislación existente con anterioridad al Código Civil, tampoco debe entenderse que existen con la redacción establecida en el artículo 39 del Código Civil. Y taxativamente y de forma definitiva ninguna duda puede plantearse con la redacción establecida en la ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, al tener establecido en su artículo 9. Punto 2, referente a los estatutos que: «Toda disposición de los Estatutos de la Fundación o manifestación de voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no puesta,...».

Desde hace tiempo y más aún en la actualidad no puede hablarse de fundaciones familiares ni de cláusulas de reversión ni de retorno de los bienes a los primitivos titulares de éstos, fuesen personas físicas o jurídicas. Relacionar la temporalidad de la Fundación con la validez de la cláusula de reversión también carece de sentido y, además de querer enriquecerse con el patrimonio de una entidad de interés general, puede constituir una forma de eludir responsabilidades. La voluntad constitutiva de una Fundación es libre, como también lo es la aportación que a la misma se realiza. La institución no admite aportar y poder retirar en un momento determinado la aportación realizada. Las personas físicas o jurídicas que aportan bienes pierden a partir de la misma, la libre disposición del contenido, o sea, de los bienes y derechos que la componen, pues dejan de pertenecerles. Prácticamente casi no es preciso recordar que el artículo 31 de la ley, referente a la liquidación, indica taxativamente: 2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de disolución, a la consecución de aquellos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en el estatuto de la Fundación extinguida». ■

Bibliografía

- CAFFARENA, JORGE. «Comentario al artículo 39 Cc.», en *Comentario del Código Civil. Tomo I*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- «Comentario al artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid, 1995.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares». *Anuario de Derecho Civil*, 1953.
- CARRANCHO HERRERO, M^a Teresa. «La extinción de fundaciones». *Derecho Privado y Constitución*, n^o 8, 1996.
- GOMEZA VILLA, Juan Ignacio. «El derecho de reversión de bienes...» Ciclo de conferencias Fundación BBV. Febrero 1998.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. «Notas en torno a las Fundaciones y Establecimientos en el Código Civil». *Revista de Derecho Privado*, 1979.
- *La Fundación como Persona Jurídica en la Codificación Civil: De Vinculación a Persona (Estudio de un proceso)*. Barcelona, 1983.
- NIETO ALONSO, Antonia. *Fundaciones: su capacidad*. La Coruña, 1966.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 1965.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia. *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*. Madrid, 2000.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. «Dictamen emitido a solicitud de la fundación F...» *Revista Jurídica del Notariado*, n^o 18, 1996.
- VATTIER FUENZALIDA, C. «Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones», *La Ley*, 1998.

EL RÉGIMEN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL

Carlos Vattier Fuenzalida

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Burgos

1. Evolución y panorama legislativo

El régimen del patrimonio fundacional presenta un singular interés desde puntos de vista diferentes. En primer lugar, es bien sabido que el patrimonio de la fundación no sólo es un presupuesto de su existencia, sino que, como se ha señalado hace tiempo, es un elemento fundamental para la subsistencia de la misma¹. Se ha dicho, asimismo, en términos realistas que el patrimonio de la fundación, como el de toda persona jurídica, es tanto la base económica que le permite alcanzar sus fines como el sustrato de garantía y responsabilidad ante los terceros². Es el patrimonio, en suma, el que confiere unidad e independencia a la fundación en el tráfico jurídico.

En segundo lugar, este régimen representa el mejor *test*³ para verificar en las diversas fases de su evolución el ámbito de autonomía patrimonial reconocido a la fundación y, correlativamente, el grado de su dependen-

¹ Se trata de la conocida advertencia de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 39.

² Aludimos a la concepción defendida por J. A. DORAL y D. MARTÍN, *La persona jurídica hoy*, RGLJ, 1984, p. 287-288.

³ O barómetro, como dice P. COBO GÁLVEZ, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 162.

cia respecto de la Administración, lo mismo estatal que autonómicas. En otras palabras, el régimen del patrimonio es un fiel reflejo del concepto legal de fundación y de la filosofía más o menos liberal o intervencionista que inspira las distintas normativas que han regulado y regulan hoy la materia.

En fin, es conocido también que el régimen jurídico del patrimonio fundacional comprende dos aspectos que, aun cuando están en estrecha relación, en el plano analítico se deben distinguir. El primer aspecto es la composición del patrimonio, esto es, los bienes y derechos, así como las obligaciones, que pueden formar parte del mismo, mientras que el segundo aspecto se refiere a la gestión del patrimonio y, en concreto, a los diferentes medios de control de las principales alteraciones patrimoniales que pueden resultar tanto por los actos de disposición acordados por el Patronato como por la adquisición de liberalidades establecidas a favor de la fundación.

Estos dos aspectos presentan una gran variedad de regulaciones a lo largo de un siglo de legislación estatal y de un decenio largo de legislación autonómica. Recordemos que el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre las fundaciones de beneficencia, como consecuencia de la Ley de 1 de mayo de 1855, de desamortización general, permitió que mantuvieran la posesión de los bienes que entonces les pertenecían (art. 7), obligándolas a convertir su capital permanente en inscripciones intransferibles de la renta perpetua interior (art. 8) –las famosas láminas de la Deuda Pública– al tiempo que la Instrucción de igual fecha exigía autorización previa del Protectorado para la venta de inmuebles no amortizados (art.7.4), y para los arrendamientos (art. 8.7), entre muchos otros actos, venta que debía verificarse en la mayoría de los casos en subasta pública notarial⁴.

Un importante paso hacia cierta autonomía dió el Reglamento de fundaciones culturales aprobado por el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, al admitir que tales fundaciones podían, no sólo poseer toda clase de bienes (art. 25), sino ejercer actividades económicas (art. 28) y operar libremente en Bolsa (art. 30), dentro de ciertos límites, si bien requerían autorización previa del Protectorado para enajenar inmuebles y establecimientos industriales y mercantiles (art. 29), así como para aceptar herencias sin beneficio de inventario o donaciones y legados con carga (art. 27), mientras que podían enajenar los demás bienes de su patrimonio dando cuenta al Protectorado y sin la oposición del mismo dentro de tres meses (art. 31).

⁴ Como lo recuerda oportunamente T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994*, RGD. 619, 1996, p. 3310.

A la vista de este régimen, el Profesor A. Luna Serrano ha dicho, con razón, que la anterior prepotencia del Estado cambia ahora por una gran libertad para la inversión de la dotación en cualquier clase de bienes, lo que permitió a las fundaciones adquirir valores mobiliarios y acceder al accionariado de entidades financieras e industriales⁵. Lo que es cierto en lo que concierne al primer aspecto, a la composición del patrimonio fundacional, pero no lo es tanto en lo que atañe al segundo, pues la gestión del patrimonio sigue sometida a una pesada intervención administrativa. Hay aquí, pues, una inexplicable contradicción entre ambos aspectos que ha perdurado en buena medida hasta nuestros días.

En efecto, tras el silencio del Anteproyecto de 1981 sobre este punto⁶, la vigente Ley 30/1994, de 24 de noviembre (LF), desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero (RF), sobre las fundaciones de competencia estatal, ha mantenido y acentuado el intervencionismo de la Administración en la gestión del patrimonio que, como dejó escrito L. Rojo Ajuria –que es siempre grato recordar– es absolutamente desmesurado y, sobre todo, carente de lógica y justificación, además de ser técnicamente incorrecto por no establecer una sanción clara para las enajenaciones efectuadas sin la debida autorización del Protectorado⁷. En cambio, una intervención algo atenuada se aprecia en el borrador de Anteproyecto de reforma elaborado por la Administración central y presentado en el Colegio de Registradores de España el pasado mes de abril de 2001, que debemos tener en cuenta en el presente estudio.

Sin embargo, esta intervención excesiva no se ha superado del todo en la legislación autonómica, pues, no sólo la refuerza con una mayor discrecionalidad del Protectorado y con importantes limitaciones impuestas al Patronato, sino que, en algún caso, la ha hecho aún más agobiante y pesada. Destaca la notable excepción del País Vasco y las pocas Comunidades que han seguido su ejemplo, donde se ha sustituido el control preventivo por la comunicación posterior, tendencia a la que no parece ser ajeno el citado Anteproyecto.

En efecto, varias leyes autonómicas reducen los actos sometidos a la autorización previa del Protectorado, pero obligan a la reinversión del precio obtenido por los actos de enajenación. Es el caso de la Ley cata-

⁵ En este sentido, *vid su Presentación del Seminario*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones. Actas del Seminario Ítalo-Español (Barcelona, 19-21 de octubre de 1995, ed. al cuidado de A. Luna Serrano, Barcelona, 1997, p. 19.

⁶ Que se ha criticado con acierto por M. T. CARRANCHO HERRERO, *El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones*, RDP, 1991, p. 106.

⁷ *Vid. su trabajo Patrimonio y gestión económica de la fundación*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones, cit., p.107 y ss.

lana 1/1982, de 3 de marzo, según la cual los bienes de la dotación destinados permanentemente al cumplimiento directo de los fines deben enajenarse a título oneroso en las condiciones establecidas por el fundador, salvo que el Protectorado disponga otra forma, mientras que el resto de los bienes dotacionales pueden enajenarse libremente, pero el precio debe reinvertirse en bienes fructíferos, que quedan subrogados en lugar de los enajenados. La autorización previa se requiere para gravar o consumir bienes dotacionales, eximir de la reinversión o invertir en empresas mercantiles que atribuyan a la fundación la cualidad de comerciante (art. 4)⁸.

Esta Ley catalana se ha derogado por la reciente Ley 5/2001, de 3 de mayo, que, aún cuando introduce importantes modificaciones, mantiene en lo esencial el régimen anterior, en el punto que nos ocupa. En efecto, reduce los supuestos sujetos a la autorización previa del Protectorado a la renuncia a los legados, herencias y donaciones no onerosas (art. 37.2) y a la adquisición onerosa de participaciones mayoritarias en sociedades no formalistas (art. 39.4). En consecuencia, todos los bienes y derechos de la fundación se pueden enajenar y gravar libremente, a título oneroso, en las condiciones establecidas en los Estatutos (art. 39.1) y con la obligación de reinvertir el precio obtenido o bien en la adquisición de otros bienes que se subrogan a los enajenados, o bien en la mejora de los demás bienes pertenecientes a la fundación (art. 39.2), obligación que sin embargo, es dispensable por el Protectorado antes de la presentación de las cuentas anuales (art. 39.3). Este mismo régimen se aplica, además, a los fondos especiales destinados al cumplimiento de determinadas finalidades coincidentes con los fines de la fundación (art. 39.1), los cuales dan lugar, por tanto, a masas patrimoniales separadas e independientes dentro del patrimonio de la fundación.

Semejante es la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, reformada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre, pues la enajenación de los inmuebles destinados al cumplimiento directo de los fines se somete al mismo régimen, pero la de los demás bienes dotacionales, cuyo precio se debe reinvertir en otros de la misma naturaleza, requiere comunicación al Protectorado y no oposición de éste en el plazo de tres meses. La autorización previa se exige aquí para gravar o consumir bienes dotacionales (art. 20)⁹. En fin, en Navarra la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio,

⁸ Vid. L. PUIG FERRIOL, *El patrimonio fundacional en la Ley de fundaciones catalanas*, ADC, 1983, p. 1641 y ss; también C. MALUQUER DE MOTES BERNET, *Notas para una aproximación a la Ley estatal de fundaciones desde Cataluña*, *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, cit., p. 177 y ss.

⁹ Vid. A. L. REBOLLEDO VARELA, *La legislación de la comunidad autónoma de Galicia en materia de fundaciones*, *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, cit., p. 185 y ss.

reguladora del régimen tributario de las fundaciones, sólo exige autorización previa para reducir el porcentaje de ingresos destinado a la realización de los fines al objeto de incrementar la dotación fundacional (art. 8.5)¹⁰.

Por otra parte, la innovadora Ley vasca 12/1994, de 17 de junio, suprime la autorización administrativa previa y establece que los principales actos de enajenación y gravamen deben comunicarse de inmediato al Protectorado, lo mismo que los arbitrajes y las transacciones (art. 22), mientras que la aceptación o el repudio de herencias, legados o donaciones debe ponerse en conocimiento del Protectorado, que podrá ejercer judicialmente las oportunas acciones de responsabilidad contra los patronos (art. 21)¹¹. Parecido es el sistema adoptado por la Ley de la Comunidad de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, ya que los actos de enajenación y gravamen deben comunicarse al Protectorado en el plazo de un mes a contar desde su formalización y están sujetos a la misma responsabilidad de los patronos (art. 16), mientras que la autorización previa se requiere solamente para los actos relativos a las liberalidades (art. 17). Asimismo, la nueva Ley canaria 2/1998, de 6 de abril, que deroga la anterior Ley 1/1990, de 29 de enero¹², establece un régimen semejante tanto para los actos de enajenación y gravamen, que deben comunicarse al Protectorado con un mes de antelación (art. 13), como para la aceptación o el repudio de herencias, legados y donaciones (art. 14).

Finalmente, se aparta notablemente de esta orientación la regresiva Ley valenciana 8/1998, de 9 de diciembre, que exige autorización del Protectorado para los actos de disposición y de administración, incluido el arrendamiento, previa justificación de la necesidad o conveniencia del acto, que no puede perjudicar a la fundación, con la salvedad de ciertas excepciones, así como también para los relativos a las liberalidades y los contratos celebrados por los patronos o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con la fundación, lo mismo que los celebrados con sociedades participadas mayoritariamente por dichas personas; se debe dar cuenta inmediata, además, de los mencionados actos, siempre que superen el 10 por 100 del activo según el último balance anual (art. 22).

¹⁰ En Navarra, las fundaciones se rigen por las leyes 42 y 44 y ss de su Compilación y otras normas administrativas; *vid.* al respecto E. RUBIO TORRANO, *Las fundaciones en derecho navarro*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones, cit., p. 197 y ss.

¹¹ *Vid.*, J. M. FÍNEZ RATÓN, *Panorámica de la Ley de fundaciones del País Vasco*, El Régimen Jurídico de las Fundaciones, cit., p. 211 y ss. Esta Ley ha suscitado la aprobación generalizada de la doctrina; *vid.*, por ejemplo, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3319, con referencias.

¹² Para esta Ley, *vid.* F. J. DÍAZ BRITO, *El desarrollo del artículo 34 de la Constitución por la Ley de Fundaciones Canarias*, DP y C, 8, 1996, p. 119 y ss.

En conclusión, este complejo y heterogéneo panorama nos muestra que no hay en España una única forma de articular el régimen jurídico del patrimonio fundacional y que todas las que existen hoy son compatibles con el marco constitucional, ya que no se ha impugnado en los distintos recursos de inconstitucionalidad. En lo que concierne a la gestión del patrimonio, el sistema actual no se aparta demasiado del anterior a la Constitución, en el que acaso se pueden distinguir dos modelos, uno que pone el acento en el control externo de la Administración y otro que confía más en el autocontrol ejercido por el Patronato.

El primer modelo descansa principalmente en la intervención del Protectorado, que puede ser preventiva, cuando se exige la autorización previa, o bien posterior, en aquellos casos en que basta la comunicación antes o después de la realización del acto de disposición. Este modelo está presente en la LF, en la que coexisten las dos técnicas de intervención administrativa, y en mayor o menor medida en todas las leyes autonómicas, con la excepción de Navarra. El segundo modelo se basa en técnicas propias del Derecho privado y consiste en la obligación impuesta al Patronato de reinvertir el precio de los actos de enajenación, al tiempo que subraya la posible responsabilidad civil de los patronos. Aunque este modelo no se da en estado puro en ninguna ley de fundaciones, rige solamente en Cataluña, Galicia y Navarra¹³ respecto de los bienes dotacionales, pero no para los demás bienes que integran el patrimonio de la fundación. Sin embargo, este modelo es el único que concuerda, en rigor, con la capacidad general y la autonomía patrimonial que el Código civil reconoce a las fundaciones por ser una persona jurídica (art. 38-I), y es el único que permite equiparar estas entidades a los demás sujetos con plena capacidad de obrar. Si es necesario controlar la gestión patrimonial de las fundaciones, hay una amplia panoplia de otros medios, que abarca desde las memorias o los presupuestos, hasta la contabilidad, las auditorías externas o la rendición de cuentas, pasando por la publicidad registral obligatoria de las alteraciones patrimoniales jurídica y económicamente importantes.

En fin, dada esta gran diversidad legislativa, se comprende bien que a continuación nos refiramos solamente el Derecho estatal en vigor, sin olvidar el antes mencionado Anteproyecto. Tras las principales características del patrimonio fundacional, veremos la composición del patrimonio y el embargo de bienes, el régimen de los actos de disposición y la disciplina aplicable a las liberalidades.

¹³ Y anteriormente en la derogada Ley canaria 1/1990 (art. 14).

2. Algunas características del patrimonio fundacional

Sabemos que el patrimonio es un elemento esencial de la fundación y que desempeña, como observa L. Puig Ferriol, las mismas funciones que corresponden al patrimonio de las personas físicas¹⁴. Se trata, pues, del conjunto de relaciones jurídicas valorables en dinero, que confieren a la fundación un determinado ámbito de autonomía y de responsabilidad. Además, las principales características del patrimonio de la fundación son las siguientes: 1) está destinado al cumplimiento de sus fines, 2) debe existir al momento de constituirse la fundación, 3) es irreversible, 4) es unitario y 5) comprende todos los bienes y derechos de naturaleza patrimonial que pertenecen a la fundación. Veamos brevemente las características apuntadas.

En efecto, el patrimonio de la fundación, una vez constituida, es un patrimonio separado y propio de la misma que ha sido destinado, adscrito o afectado por el fundador para el cumplimiento de sus fines. Tan esencial es este vínculo de destinación, que aparece en la definición de fundación que nos ofrece la LF, según la cual es una organización sin ánimo de lucro que tiene afectado su patrimonio de modo duradero a la realización de fines de interés general (art. 1.1)¹⁵. Este vínculo es de naturaleza real y, por eso, se proyecta a las rentas o ingresos netos del patrimonio, que deben ser aplicados al cumplimiento de los fines, al menos, en un 70 por 100, mientras que el resto, deducidos impuestos y gastos, debe destinarse a incrementar la dotación fundacional (art. 25.1 LF). Pero no hay obligación de reinvertir los productos de los bienes enajenados en otros bienes de la misma procedencia.

Asimismo, tal vínculo obliga al Patronato, no sólo a cumplir los fines, sino a administrar el patrimonio para mantener su pleno rendimiento y utilidad (art. 12.2 LF). Según la LF, esta vinculación no amortiza el patrimonio de la fundación, ni comporta una prohibición de disponer, puesto que los actos de disposición pueden ser acordados por

¹⁴ Subraya este aspecto el mencionado autor, *op. cit.*, p. 1642; en este sentido, afirmaba F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p. 59 y ss, que el patrimonio de las personas jurídicas es también un patrimonio personal.

¹⁵ Para este punto nos remitimos a nuestro trabajo *Concepto, constitución y dotación de la fundación*, *El Régimen Jurídico de las Fundaciones*, cit., p. 69 y ss. C. MALUQUER DE MOTES BERNET, *op. cit.*, p. 182, critica tal definición porque, al resaltar la organización como elemento básico de la fundación, desnaturaliza el concepto tradicional según el cual se trata de la adscripción de un patrimonio a una finalidad de interés general, patrimonio que es personalizado por la norma (p. 177). Pero la norma no puede transmutar un objeto (el patrimonio) en un sujeto (la fundación) sin la mediación de las personas físicas que integran la organización, la cual adscribe la fundación, por otra parte, al genus de las personas jurídicas. Por estas dos razones, la definición legal es, a nuestro juicio, correcta.

el Patronato «en la forma establecida en los Estatutos» (art. 17.2). En cambio, a juicio de M. A. Nieto Alonso, sería válida y vincula al Patronato una prohibición expresa de disponer establecida en los mismos, incluso con carácter perpetuo¹⁶, lo que se puede admitir, salvo esto último, pues choca con la no derogada Ley desamortizadora de 1855, siempre que la prohibición contribuya al cumplimiento de los fines de interés general y su duración se limite a la existencia de la fundación, dada la necesaria temporalidad impuesta por el art. 785.2º del Código civil. Esta prohibición, así concebida, puede acceder al Registro de la Propiedad, de acuerdo con el art. 26.3º de la Ley Hipotecaria.

Por otra parte, el patrimonio debe existir al momento de constituirse la fundación, pues, en dicho momento consiste en la dotación inicial, que debe estar desembolsada, al menos, en una cuarta parte y a la que se pueden asimilar, en ese momento o bien en un momento posterior, otros bienes y derechos afectados por el fundador o el Patronato con carácter permanente a los bienes *-rectius-* fines- de la fundación (art. 10.2-II LF). Por eso, la dotación, que equivale aquí al patrimonio inicial de la fundación, es un elemento esencial del acto constitutivo de la fundación, en el que debe mencionarse su consistencia, valoración y forma y realidad de su aportación (art. 8.c LF). De aquí que la vieja tesis alemana, que divulgó M. M. Traviesas entre nosotros¹⁷, según la cual el patrimonio era un elemento secundario que podía completarse después de la constitución, no pueda tener cabida en nuestra LF; pero no ha pasado a la historia, como se ha afirmado¹⁸, pues, con ser esencial, su aportación puede quedar postergada en las hipótesis de dotación sucesiva y de dotación diferida (art. 10.2 y 4 LF).

Además, el patrimonio de la fundación es irreversible puesto que la voluntad del fundador no puede establecer que, una vez extinguida, el remanente del patrimonio vuelva a su poder o pase a sus herederos o a las personas designadas por él. Y ello es así, a pesar de que se ha sostenido lo contrario recientemente¹⁹, porque el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación está predeterminado por la LF (art. 31.2 y 3). Aunque el Anteproyecto no pretende, de momento, cambiar este rígido criterio legal, hay que reconocer que es francamente dudoso, ya que puede desaminar a los particulares a constituir fundaciones,

¹⁶ Vid. su importante monografía *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, La Coruña, 1996, p. 105 y ss.

¹⁷ En su clásico artículo *La persona jurídica*, RDP, 1921, p. 203.

¹⁸ En este sentido, P. COBO GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 151.

¹⁹ Vid. el discutible estudio de J. J. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *La admisibilidad de la cláusula de reversión en las fundaciones*, La Ley, 5252, 2001, p. 1 y ss.

como en el caso extremo –verdaderamente dickensiano– del hijo pobre que pide limosna a la puerta del hospital fundado por su padre.

Como hemos puesto de relieve en otro lugar²⁰, para paliar este inconveniente el fundador podría fijar una pensión de alimentos con cargo al patrimonio de la fundación a favor de las personas que acrediten estar en una situación de necesidad, o bien conferirles un retractor convencional en caso de enajenación de bienes, acaso dotacionales, por parte de la fundación. Si estas estipulaciones son expresas, vinculan al Patronato, según vimos, que debe hacerlas efectivas mientras la fundación subsista, salvo disposición contraria del fundador.

Por su parte, casi por mimetismo con las antiguas fundaciones benéficas, suele afirmarse²¹ que los bienes de la dotación, y los asimilados a la misma, constituyen una masa diferenciada dentro del patrimonio de la fundación. Es cierto que tales bienes están sujetos a un régimen especial de disposición (art. 19 LF) y sabemos que se incrementan con los ingresos no gastados en el cumplimiento de los fines; pero, en el sistema de la LF, no constituyen un patrimonio separado, puesto que no opera aquí nada semejante a la subrogación real, ni existe obligación de reinvertir, como en Cataluña o en Galicia. Es cierto también que en caso de enajenación, según el RF, el valor de la contraprestación debe integrarse en la dotación fundacional (art. 3.5). Pero esta norma reglamentaria, que es extraña al sistema legal, no sólo es de legalidad dudosa sino de clara inconstitucionalidad, ya que vulnera la reserva de ley que, de acuerdo con la Constitución, debe regular el derecho de fundación (art. 53.1 CE); además, carece del rango normativo suficiente para producir el efecto patrimonial que propicia, es decir, la subrogación real del precio obtenido por la enajenación.

Por el contrario, se ha observado que no cabe en la LF esta diferenciación ya que todos los bienes de la fundación, pertenezcan a la dotación o al resto de su patrimonio, están destinados al cumplimiento de los fines²². En esta línea, advierte P. de Pablo Contreras, con toda razón, que no hay aquí bienes inalienables, puesto que todos los de la fundación pueden enajenarse con arreglo a los requisitos exigidos en cada caso por la LF²³. Con todo, los bienes dotacionales, los bienes asimila-

²⁰ Vid. nuestro *Prólogo* a la obra de M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones*, Barcelona, 1997, p. 15.

²¹ Así, por ejemplo, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3315; asimismo, A. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, p. 35, y J. GARCÍA-ANDRADE, *La Fundación: un estudio jurídico*, Madrid, 1997, p. 133.

²² Lo recalca J. A. DEL CAMPO ARBULO, *La Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994, de fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General*, Madrid, 1996, p. 218.

²³ Vid. su meditada aportación al *Curso de Derecho Civil*, I, de C. MARTÍNEZ DE

dos y los incrementos de los mismos mantienen su identidad mientras no sean enajenados, de modo que conservan una individualidad puramente contable dentro del patrimonio fundacional²⁴.

3. Composición del patrimonio y embargo de bienes

De acuerdo con la LF, el patrimonio de la fundación «puede estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica» (art. 17.1) y su titularidad debe figurar a favor de la fundación, constar en el inventario, e inscribirse de forma obligatoria en el Registro de Fundaciones y en los Registros que correspondan, según la naturaleza de los mismos (art. 18). Lo que se mantiene en parecidos términos por el Anteproyecto (arts. 18.1 y 19.3).

Ante todo, observemos que esta norma permite a las fundaciones ostentar la titularidad de cualquier clase de bienes, lo que está en concordancia con su capacidad general (art. 38-I CC), reitera el Reglamento sobre fundaciones culturales (art. 25) y deroga la vieja prohibición de poseer inmuebles, censos y foros impuesta a la fundaciones benéficas, en cuanto «manos muertas», por la Ley desamortizadora de 1855.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la mención expresa de los «bienes y derechos» que pertenezcan a la fundación es una fórmula habitual para aludir al patrimonio en nuestro Derecho, como se advierte, por ejemplo, en el art. 1911 del Código civil. Por eso, parece exagerado pensar, como se ha estimado en relación con la Ley catalana, que la mención de los bienes denota una consideración económica del patrimonio²⁵, pues es claro que se alude así al derecho de propiedad, o a cualquier otro derecho o titularidad, sobre las cosas muebles e inmuebles, sobre los bienes de naturaleza inmaterial, o sobre conjuntos complejos de bienes, tales como los establecimientos mercantiles e industriales o la explotación agrícola. Prueba de ello es que la fundación puede ser titular de acciones o participaciones en las sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente por las deudas sociales (art. 22.1 LF), tales como la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada, salvo la unipersonalidad sobrevenida y no inscrita en el Registro Mercantil (art. 129 LSR); incluso cabe que esta participación sea mayoritaria, en cuyo caso la fundación debe dar cuenta al Protectorado (art. 22.3 LF), y

AGUIRRE ALDAZ, P. DE PABLO CONTRERAS, M. A. PÉREZ ÁLVAREZ y M. A. PARRA LUCÁN, Madrid, 1998, p. 503.

²⁴ En parecidos términos, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos de Derecho Civil*, I-2, de J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, Madrid, 1998, p. 307.

²⁵ Pone de relieve esta consideración L. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1647.

en el caso de que formen parte de la dotación participaciones en sociedades personalistas, la fundación debe procurar su transformación en sociedades de tipo capitalista (art. 22.2 LF).

En suma, el patrimonio de la fundación se compone de todos los derechos reales y de crédito que correspondan a la misma, incluido el derecho hereditario²⁶, los cuales se rigen por las reglas generales del Derecho común.

Sin embargo, algunos de estos derechos presentan ciertas particularidades que conviene recordar. Como ha puesto de relieve M. A. Nieto Alonso, el derecho de usufructo constituido a favor de una fundación no puede durar más de treinta años (art. 515 CC) y tampoco puede sobrepasar esta duración el usufructo sucesivo (arts. 521 y 787 CC), a no ser que opere antes el límite del segundo grado establecido por el art. 781 del Código civil, lo mismo que ocurre con la donación de la nuda propiedad o del usufructo a favor de una fundación (art. 640 CC), o con la donación con cláusula de reversión a favor del donante (art. 641 CC). Aunque se ha discutido, parece que las fundaciones también pueden ser titulares de los derechos de uso, habitación, servidumbres personales y de la posesión, incluso como situación de hecho²⁷.

Por otro lado, aunque el arrendamiento de fincas urbanas por una fundación debe calificarse normalmente como arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 3.2 LAU), cabe que pueda ser también un arrendamiento de vivienda cuando su único fin sea la protección de menores o la colaboración en los procesos de adopción; en ambos casos, a nuestro juicio, el contrato se debe regir por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. En cambio, es claro que las fundaciones no pueden ser arrendatarias rústicas por carecer de la condición de profesional de la agricultura (art. 15 LAR), ni ser titulares de explotaciones prioritarias de carácter asociativo (art. 6 LMEA).

En particular, es discutible si subsiste o no el especial derecho de retracto conferido a los arrendatarios de inmuebles pertenecientes a fundaciones por el Real Decreto-Ley de 28 de mayo de 1928, que la LF no ha derogado expresamente (Disp.der.única). Se ha sostenido que el mencionado derecho está en vigor²⁸, siguiendo el criterio que impera en la jurisprudencia, por ejemplo la STS (3^a) de 7 de octubre de 1994, últimamente. No obstante, es más segura la opinión contraria y entender que tal derecho ha sido derogado tácitamente tanto por la LF (Disp.der.única, pár. final) como por las referidas leyes arrendaticias (Disp.final LAR y

²⁶ Como señala T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3316.

²⁷ *Id.* para esto y lo que sigue M. A. NIETO ALONSO, *op. cit.*, p. 93 y ss y 119 y ss.

²⁸ Así opinan, entre otros, M. A. NIETO ALONSO, *op. cit.*, p. 120, y J. J. MARÍN LÓPEZ, *Prólogo, Legislación sobre Fundaciones*, Madrid, 1998, p. 45.

Disp.der.única LAU), que derogan cuantas disposiciones de opongan a las mismas.

Además, la fórmula del art. 17.1 LR, pese a su tenor literal, no se refiere sólo al activo patrimonial²⁹, ya que las deudas están implícitas en el lado pasivo de los derechos que pueden corresponder a la fundación. Buena muestra de ello es que el Anteproyecto hace mención expresa de las obligaciones como elemento integrante de su patrimonio (art. 17.1).

Una consecuencia importante que se deriva de esto es que la responsabilidad patrimonial de la fundación se rige por las reglas generales. Sin embargo, sobre este punto la doctrina está dividida, ya que la LF no ha derogado expresamente los antiguos privilegios procesales de las fundaciones, como la virtual inembargabilidad de los bienes pertenecientes a las fundaciones benéficas (art. 10 RD de 1899) y el especial procedimiento de apremio contra las fundaciones culturales (art. 49 D 2930/1972). Aunque M. A. Nieto Alonso sostiene que no cabe el embargo³⁰, T. Marín García de Leonardo demuestra que se trata más bien de un procedimiento de apremio especial en el que debe intervenir el Protectorado para la ejecución de la respectiva sentencia³¹. Ambas autoras entienden que este régimen especial no se ha derogado por la LF, lo mismo que un sector de la doctrina especializada³², mientras que otro sector estima, en cambio, que se ha derogado de forma tácita³³.

A nuestro juicio, está mejor fundada esta última postura, pues concuerda además, como ha puesto de relieve J. J. Marín López, con la doctrina de la STC 113/1989, de 22 de junio, que proclama la inconstitucionalidad de las declaraciones legales que impiden el embargo forma genérica e incondicionada, las cuales protegen la existencia y dignidad humanas, y no resultan fácilmente trasladables, por ello, a las personas jurídicas³⁴. Corrobora esta postura la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que ha derogado cuantas normas se opongan o sean incompatibles con la misma (Disp.der.única. 3).

Por último, los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación deben ser susceptibles de valoración económica. Algunos co-

²⁹ Como entiende J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 136.

³⁰ Lo resalta en su *op. cit.*, p. 104.

³¹ Como explica en su *op. cit.*, p. 3326.

³² Opinan en este sentido, entre otros, A. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, *op. cit.*, p. 46 y ss, y R. HUERTA HUERTA y C. HUERTA IZAR DE LA FUENTE, *Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*, I, Barcelona, 1998, p. 593.

³³ Mantienen esta opinión J. A. DEL CAMPO ARBULO, *op.cit.*, p. 216, y J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 140.

³⁴ *Vid.* su denso y documentado *Prólogo*, *cit.*, p. 36 y ss, con referencias a la jurisprudencia.

mentaristas han relacionado este requisito con las aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima (art. 36 LSA) y dan a entender que no se puede aportar a la fundación prestaciones de trabajo o de servicios³⁵. No obstante, aunque la LF no contempla este supuesto de forma expresa, tales aportaciones pueden tener cabida en el caso de la dotación diferida hecha por terceros, siempre que estén suficientemente garantizadas (art. 10.4). Además, es indudable que la fundación ya constituida, igual que la sociedad, puede ser acreedora de tales prestaciones laborales o profesionales.

Por el contrario, la valoración económica no tiene aquí otro papel que el de distinguir las relaciones patrimoniales y las extrapatrimoniales, y adscribir sólo las primeras al patrimonio fundacional, dejando las últimas fuera del mismo, aunque pertenezcan a la fundación, como ocurre con las personas físicas y las demás personas jurídicas. Es el caso, por ejemplo, del discutido derecho al honor, entendido más bien como fama o reputación, que la jurisprudencia, tras algunas vacilaciones, ha reconocido a las personas jurídicas en sentencias tales como las STC 139/1995, de 26 de septiembre, y las STS de 20 de marzo y de 9 de octubre de 1997, entre muchas otras.

4. Régimen de los actos de disposición

Hemos visto que la LF consagra el modelo del control administrativo de los actos de disposición, que se articula mediante dos técnicas diferentes, la autorización previa del Protectorado (art. 19.1) y la dación de cuenta o comunicación al mismo (art. 19.2), a las que se une la publicidad obligatoria en el Registro de Fundaciones (art. 19.4). Modelo que se ha desarrollado y matizado en algún extremo por el RF (arts. 4 a 9), que regula sin amparo legal y con dudoso acierto la sanción civil por la omisión de la mencionada autorización previa. (art. 10). Este régimen, en fin, debe interpretarse con carácter restrictivo por ser excepcional.

En efecto, los actos de disposición de mayor trascendencia jurídica y económica están sujetos al control «fuerte» de la autorización administrativa previa, puesto que pueden comprometer la subsistencia de la fundación. No se trata tanto de que el Protectorado autorice positivamente el acto respectivo, sino de que no muestre su oposición o disconformidad³⁶, señalándose, con razón, que esta autorización es a la vez de legalidad y de

³⁵ Lo recalcan, por ejemplo, P. COBO GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 156, y R. HUERTA HUERTA y C. HUERTA IZAR DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 571.

³⁶ Como indica A. SÁENZ DE MIERA, *Las bases legales de las Fundaciones y su situación en España*, Rev. Situación, 4, 1989, p. 60.

oportunidad negativa, de modo que el Protectorado sólo debe oponerse a las decisiones del Patronato que estime inoportunas³⁷. En este sentido, debe destacarse que el Anteproyecto, influido acaso por la Ley valenciana, es aún más restrictivo al establecer que la autorización sólo «podrá concederse si existe causa justa debidamente acreditada» (art. 19.1).

Por su parte, el RF exige que la solicitud del Patronato se acompañe de una memoria en la que figuren, entre otros extremos, la razones que justifican el acto proyectado, el destino del precio y la valoración de los bienes y derechos con arreglo a criterios de mercado (art. 4.2). Aunque se ha criticado que no se fijen aquí criterios para la actuación del Protectorado³⁸, no hay que olvidar que cabe la autorización tácita por silencio del Protectorado al cabo de tres meses (art. 33 LF).

Los actos sujetos a esta autorización son los de enajenación y gravamen a título oneroso, dado que las liberalidades ajenas al fin de la fundación están prohibidas por el art. 21.1 LF. La enajenación puede ser a cualquier título, incluida la transacción (art. 1812 CC), a la que se asimila el arbitraje de equidad (art. 19.3 LF), pero no el arbitraje de Derecho, que no requiere autorización administrativa alguna. La enajenación se contrapone a los actos de administración, entre los que se debe comprender el contrato de arrendamiento, incluidos los arrendamientos especiales, que tampoco exigen la mencionada autorización. Los gravámenes, en fin, comprenden, no sólo la hipoteca en garantía de cualquier obligación contraída por la fundación, en especial por préstamos hipotecarios, sino la constitución de derechos reales limitados en bienes de la fundación, como el derecho de usufruto o el derecho de superficie (art. 5 RF). Sólo se excluyen los actos de disposición relativos a bienes donados a la fundación y las subvenciones recibidas por ella, siempre que sean disponibles (art. 19.1 LF).

Los bienes sometidos a este régimen son de tres categorías heterogéneas, los dotacionales, los asimilados a los mismos por estar vinculados a los fines de forma expresa y los que representen un valor superior a la quinta parte del activo de la fundación según el balance del año anterior (art. 19.1 LF). Pero, de acuerdo con el RF, las tres categorías pueden consistir en bienes de la misma naturaleza y, en concreto, pueden ser bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, bienes muebles, valores y participaciones en sociedades mercantiles, respecto de los que contempla algunas reglas especiales, todas ellas discutibles.

Así, cabe que las fundaciones que se ocupan de la edificación obtengan cada año una autorización genérica para enajenar inmuebles en

³⁷ Resalta esta naturaleza de la autorización J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 146.

³⁸ Destacan este aspecto J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Pamplona, 1997, p. 91.

cualquier momento, dando cuenta trimestralmente, autorización que es revocable por lesión, pero sólo para el futuro, sin afectar a los terceros que han contratado con la fundación (art. 4.7), lo que constituye un privilegio explicable, aunque de no fácil justificación. Una norma semejante rige para los valores que se coticen en Bolsa, siempre que se enajenen por un precio superior al de adquisición, salvo que el mercado aconseje lo contrario (art. 8.4), norma que se ha criticado por desbordar las posibilidades de actuación del Protectorado³⁹. Por fin, la participación mayoritaria en sociedades mercantiles se ha fijado en la mitad del capital social o de los derechos de voto (art. 9.3), lo que es también excesivo, pues caben participaciones de control mucho menores⁴⁰. En caso que la sociedad sea personalista, el Protectorado puede obligar al Patronato a la venta de las participaciones dotacionales, si no consigue transformar la sociedad en otra de tipo capitalista, lo mismo se trate de participaciones mayoritarias que minoritarias, así como hacer efectiva la responsabilidad de los patronos, salvo que, según las circunstancias, hayan actuado de buena fe (art. 9.4), regla de dudosa legalidad por no estar prevista en la LF.

Lo mismo ocurre con la sanción por el incumplimiento de esta obligación legal. Según el RF, se trata de un acto defectuoso, que el Patronato debe subsanar en un plazo de quince días a contar desde el respectivo requerimiento; en caso contrario, de acuerdo con las circunstancias y atendida la buena fe, el Protectorado puede o bien otorgar la autorización omitida, o bien entablar la acción de responsabilidad contra los patronos (art. 10.1 y 2). Lo que ha desconcertado a la doctrina, puesto que no consagra la nulidad de la enajenación o el gravamen no autorizado, en opinión de L. Rojo Ajuria, tanto por violación de la norma legal como por falta de legitimación⁴¹; para J. García-Andrade, hay aquí un vicio del consentimiento, por lo que el acto de disposición debería ser anulable⁴², mientras que A. Carrasco Perera, lo asimila a un contrato a favor de tercero, del que puede desistir el contratante de la fundación, pues la autorización expresa o tácita posterior equivaldría a la ratificación prevista por el art. 1259-II del Código civil⁴³.

³⁹ Llama la atención sobre esto J. M. DE PRADA GONZÁLEZ, *Algunas observaciones en torno al Proyecto de Ley de fundaciones*, La Ley, 1993, vol. II, p. 856. En este sentido, L. ROJO AJURIA, *op. cit.*, p. 120, advertía, no sin cierta ironía, que el Protectorado se había convertido en un «tutor bursátil».

⁴⁰ Como señalan J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *op. cit.*, p. 93.

⁴¹ Lo subraya en su *op. cit.*, p. 114 y ss y 122.

⁴² Como afirma en su *op. cit.*, p. 186-187.

⁴³ Para esta interesante solución, *vid.* del citado autor su ponencia *Régimen jurídico privado de las fundaciones en el Proyecto de Ley de fundaciones*, Fundaciones, mecenazgo

A nuestro juicio, es claro que la norma reglamentaria ha querido evitar el perjuicio del tercero que contrata de buena fe con la fundación y, en concordancia con el art. 6.3 del mismo Código, ha establecido un efecto distinto de la nulidad, salvando la validez del acto. Por eso, si debe constar en documento público, el Notario debe otorgarlo bajo la condición suspensiva de la obtención de la autorización correspondiente (art. 10.3 RF).

Por otra parte, los bienes que se consideran menos importantes están sometidos al control «débil» de la información *a posteriori*, que consiste en la dación de cuenta o en la comunicación de inmediato o dentro de los diez días siguientes al acto de disposición. Estos bienes son los excluidos del control anterior y guardan cierto paralelismo con los que el menor emancipado no puede enajenar o gravar sin el consentimiento de sus padres o, a falta de ambos, sin el de su curador (art. 323-I CC).

En concreto, se trata de los bienes y derechos siguientes: a) los inmuebles y los establecimientos mercantiles e industriales, pero no las explotaciones agrícolas, cuya enajenación y gravamen no están sujetos a control, pues no cabe aquí la analogía; b) los bienes muebles de extraordinario valor que, según el RF, son los pertenecientes al patrimonio histórico español, los incluidos en el Inventario y los declarados bienes de interés cultural, así como los de características únicas o excepcionales por su autoría, procedencia, diseño, forma o composición material (art. 7.2); c) los valores mobiliarios que representen participaciones superiores a la cuarta parte del capital en las sociedades mercantiles y además, conforme al RF, las participaciones mayoritarias en sociedades no personalistas (art. 9.2), lo que se ha criticado por carecer de cobertura legal⁴⁴.

Por último, todos estos actos de disposición, así como cualquier alteración patrimonial que supere el 10 por 100 del activo de la fundación, deben constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico (art. 19.4 LF), con lo cual este Registro de personas se deforma al convertirse en un Registro de bienes.

Con todo, lo más grave es que no se prevé en estos dos últimos supuestos sanción alguna por la falta de comunicación o en su caso, de la inscripción. En ambos casos, se trata de una formalidad administrativa, de naturaleza informativa, que no afecta a la validez civil del acto⁴⁵, por cuya omisión no se incurre en ningún tipo de responsabilidad⁴⁶. De acuerdo con la LF, sólo si esta omisión fuera reiterada o pone en peligro

y sociedad civil en el umbral del siglo XXI, Toledo, 1994, p. 32, solución que parece compartir T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3323, nota 33.

⁴⁴ Lo resalta J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁵ Como opina acertadamente J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 168-169.

⁴⁶ Según lo destaca T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3325.

la subsistencia de la fundación, el Protectorado podría instar ante el juez el cese de los patronos (art. 16.2.c) o la intervención temporal de la fundación (art. 34.1), aparte de impugnar los acuerdos del Patronato que sean ilegales o antiestatutarios (art. 32.3).

En definitiva, la doctrina es casi unánime a la hora de criticar estas dos técnicas de control que la LF atribuye al Protectorado. Conforme con las propuestas de J. M. de Prada González, tanto antes como después de la LF⁴⁷, predomina la idea de suprimir la autorización previa y mantener para todos actos de disposición las simples comunicaciones posteriores. En este sentido, se ha escrito que «el Protectorado debe facilitar el ejercicio del Derecho de Fundación para, sin dejar de ejercer los medios de control necesarios en toda fundación, llevar a cabo sus funciones en el marco de libertad que fija la Constitución»⁴⁸.

Sin embargo, el Anteproyecto no responde exactamente a esta orientación crítica, sino que se limita a mitigar algo la intervención del Protectorado. Por una parte, reduce los actos sometidos a la autorización previa a los bienes dotacionales y a los bienes vinculados directamente al cumplimiento de los fines, pero sabemos que exige para toda enajenación, tanto onerosa como gratuita, una causa justa debidamente acreditada (art. 19.1). Por otra parte, somete a la necesaria comunicación dentro de diez días los actos de disposición de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos que, con independencia de su objeto, su importe sea superior a la quinta parte del activo anual de la fundación (art. 19.2-I). Finalmente, además de las acciones de responsabilidad, el Protectorado «está legitimado para instar la rescisión de los actos del Patronato que perjudiquen o resulten lesivos para los intereses de la Fundación» (art. 19.2-II), con lo que este caso se vendría a añadir a los supuestos excepcionales de los contratos rescindibles por lesión (art. 1291.5° CC).

Con todo, dadas las críticas a la autorización previa y la ineficacia de las comunicaciones posteriores, parece preferible el otro modelo de control, el modelo del autocontrol ejercido por el propio Patronato mediante la obligación de reinversión, sin perjuicio de la acción de responsabilidad, puesto que, no sólo puede ser más efectivo en la práctica, sino que concuerda, como vimos, con la plena capacidad de la fundación.

⁴⁷ Vid. J. M. DE PRADA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 849 y ss, y su conferencia recogida en el vol. *En torno a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Toledo, 1995, p. 29-30, respectivamente.

⁴⁸ Son palabras de T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *op. cit.*, p. 3319.

5. Adquisición de liberalidades

Por último, la adquisición de liberalidades por la fundación está sujeta también a límites y restricciones, que no parecen compatibles con su plena capacidad.

En efecto, la LF determina que la aceptación de herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario (art. 20.1), lo que coloca a la fundación en una situación próxima a la del incapacitado total sujeto a tutela (art. 271.4º CC), o a la del menor emancipado que requiere el complemento de capacidad para aceptar herencias pura y simplemente a fin de evitar que las deudas hereditarias incidan en su patrimonio (arg. *ex* art. 323-I CC). Se ha señalado que se pretende así proteger a la fundación de los posibles herederos del fundador que pueden integrar el Patronato⁴⁹, y acaso ésto es lo que persigue el Anteproyecto al hacer responsables a los patronos de la pérdida del beneficio de inventario por los actos de ocultación o de disposición previstos por el art. 1024 del Código civil (art. 20.1). Pero esta responsabilidad no impide que la fundación pueda resultar perjudicada por las deudas del causante (art. 1003 CC), por lo que sorprende que no se establezca aquí la intervención del Protectorado en orden a limitar *intra vires* la responsabilidad hereditaria de la fundación⁵⁰.

Asimismo, según la LF, la aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional requiere autorización previa del Protectorado (art. 20.2), así como para repudiar herencias o legados y para dejar de aceptar donaciones se requiere también autorización del mismo o, a falta de éste, aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público (art. 20.3). Es de notar que esto modifica subrepticamente el art. 993 del Código civil para las fundaciones al anteponer la intervención administrativa a la actuación judicial y es de suponer que, pendiente esta actuación, se interrumpe la intervención del Protectorado.

De acuerdo con el RF, si la carga consiste en la prestación de un servicio por parte de la fundación, se debe informar, además, sobre las cargas y medios que su cumplimiento exige. Por otra parte, el Protectorado debe ponderar si la carga modifica la voluntad del fundador o los fines de la fundación y, en caso afirmativo, puede condicionar la aceptación a la modificación de los Estatutos, señalando las causas y los preceptos que impiden la aceptación pura y simple del legado o donación. En fin,

⁴⁹ Subraya este posible fundamento P. COBO GÁLVEZ, *op.cit.*, p. 170.

⁵⁰ A juicio de J. GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, p. 179, es contradictorio que no se establezca aquí la intervención del Protectorado al objeto de que la fundación conserve el beneficio de inventario.

en caso de incumplimiento, la sanción es la que conocemos, esto es, la criticada opción conferida al Protectorado según la cual puede elegir entre la subsanación de la aceptación o el repudio sin la previa autorización por la aprobación posterior, o la modificación también posterior de las condiciones exigidas para aceptar la liberalidad con carga, o, en fin, la responsabilidad civil de los patronos (art. 11).

Hay que renocer que el régimen descrito no es muy explícito, sobre todo, en lo que concierne a los legados y donaciones con carga. No ha faltado quien cree que se comprenden aquí todas las liberalidades sometidas a gravamen⁵¹, pero tal interpretación extensiva no se compece con la excepcionalidad que es propia de estas normas; por el contrario, las liberalidades sin cargas y aquéllas cuyas cargas no desnaturalizan la fundación son libres⁵². Se ha observado que estas cargas se establecen normalmente para beneficiar a personas de la familia del testador o del donante, lo que no transforma a la fundación de una prohibida fundación de tipo familiar (arts. 2.3 y 42.3 LF), sino que son válidas siempre que la atención de tales personas esté dentro de los servicios prestados por la fundación⁵³. En términos más generales, la carga no desnaturaliza la fundación cuando los beneficiarios de una y otra son los mismos, y la desnaturaliza si los de la carga son personas determinadas y concretas exclusivamente, y no los demás beneficiarios de la fundación, o cuando la carga impone actividades que trascienden de los fines de la misma⁵⁴. En el fondo, es claro que late aquí un problema semejante al de las donaciones remuneratorias y las donaciones con causa onerosa (arts. 619 y 622 CC), del que no podemos ocuparnos en esta ocasión⁵⁵.

En fin, prueba de ello es que el Anteproyecto, aunque suprime la autorización previa, exige la comunicación al Protectorado dentro de diez días, lo mismo para las liberalidades puras que para las sujetas a gravamen. Se trata, en concreto, de la aceptación de legados con cargas, la aceptación de donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, legados o donaciones sin cargas. Además de esta comunicación, cuya falta de eficacia civil conocemos, el Protectorado puede

⁵¹ Como sostiene J. GARCÍA-ANDRADE, *op.cit.*, p. 181-182, equivocadamente, con apoyo en el art. 11 RF.

⁵² Lo destaca J. A. DEL CAMPO ARBULO, *op. cit.*, p. 239.

⁵³ Como afirma P. COBO GÁLVEZ, *op. cit.*, p. 172-173.

⁵⁴ Mantiene este punto de vista R. HUERTA HUERTA y C. HUERTA IZAR DE LA FUENTE, *op.cit.*, p. 590.

⁵⁵ Para la no fácil interpretación de los preceptos citados, *vid.* J. L. DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 79 y ss, por todos.

ejercer las acciones de responsabilidad contra los órganos de gobierno si la aceptación o el repudio fueran lesivos para la fundación (art. 20.2). Pero no en el caso de que no resulte perjudicado el patrimonio fundacional con la carga impuesta a la liberalidad, lo que depende exclusivamente de los patronos. Por eso, debe resaltarse que el Anteproyecto se aproxima de forma notable en este punto, a diferencia del régimen previsto para los actos de disposición, al modelo del autocontrol encomendado al Patronato de la fundación. ■

A NORMATIVA GALEGA SOBRE FUNDACIÓNS

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de dereito civil da Universidade
da Coruña e director da EGAP

Marco normativo

O artigo 27/4 do noso Estatuto de autonomía de Galicia considera como unha competencia exclusiva da Comunidade Autónoma a «conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego» e, de seguido, o artigo 27.26 dispón esa mesma competencia exclusiva para o «réxime das fundacións de interese galego».

Pois ben, a diferenza do que aconteceu co dereito civil de Galicia e o desenvolvemento consecuente da disposición contida na alínea 4ª do artigo 27 do Estatuto, en que, con considerable atraso en relación co resto de comunidades autónomas con dereito civil propio, ata a Lei 4/1995, do 24 de maio, non se realizou a necesaria actualización da Compilación do 2 de decembro de 1963, en cambio en materia de fundacións exerceuse a dita competencia con moita maior rapidez mediante a promulgación da Lei 7/1983, do 22 de xuño, de réxime das fundacións de interese galego e o Decreto 193/1984, do 6 de setembro, sobre o regulamento de organización e funcionamento do protectorado das fundacións de interese galego.

Na marxe das disposicións contidas respecto das leis 44 a 47 da Lei 1/1973, do 1 de marzo, pola que se aprobou a Compilación de dereito

civil foral de Navarra, a Lei galega de fundacións é anterior á maior parte das lexislacións autonómicas, exceptuando a Lei 1/1982, do 3 de marzo, de fundacións privadas catalanas, promulgándose moi posteriormente tanto a Lei 1/1990, do 29 de xaneiro, de fundacións canarias canto a Lei 12/1994, do 17 de xuño, de fundacións do País Vasco.

Determinados artigos da dita lei de 1983 foron posteriormente modificados por medio da Lei 11/1991, do 8 de novembro, o regulamento da cal, aprobado por Decreto 248/1992, do 18 de xullo, derogou integramente o anterior.

Aínda quedaría por referirnos, para completa-lo marco legal das fundacións en Galicia, á máis recente Lei de persoal e contratación en empresas e fundacións participadas maioritariamente pola Xunta, aprobada o 6 de novembro de 1996, da que se debe destaca-lo seu rigor xa que supón un aumento do nivel de control e unha garantía de transparencia e obxectividade nas actividades das ditas sociedades no que se refire á xestión económica, ó control financeiro e á contratación do persoal, que non ten parangón na lexislación española.

Segundo esta nova Lei do 5 de novembro de 1996, as fundacións constituídas maioritariamente ou na súa totalidade por achegas da Administración autonómica galega ou aquelas nas que a Xunta forme parte dos seus órganos de goberno e perciban subvencións públicas sométese á fiscalización da Intervención Xeral da Xunta e, ademais, do Consello de Contas, que lle presentará o seu informe ó Parlamento de Galicia, e esixirá que o persoal e cadros directivos das ditas fundacións sexan contratados, mediante anuncio público de convocatoria, con respecto ós principios de mérito e capacidade.

Así mesmo, é necesario aludir á Lei estatal 30/1994, do 24 de novembro, especialmente á vista do disposto nas alíneas 1ª, 2ª e 3ª da súa disposición final 1ª, e iso na marxe de discutir aquí se unha lei de fundacións é ou non a *sedes materiae* adecuada para precisa-lo ámbito competencial respectivo do Estado e das comunidades autónomas con competencia exclusiva na materia.

En calquera caso, a teor da dita disposición final 1ª.1 constitúen as condicións básicas do dereito de fundación recoñecido no artigo 34 en relación co 53, da Constitución, e son de aplicación directa en todo o Estado ó abeiro do previsto no artigo 149.1.1ª da propia Constitución determinados preceptos da Lei estatal, con respecto ós que existe plena harmonía coa lexislación galega no que se refire ó concepto, fins e beneficiarios establecidos nos artigos 1.1; 2.1 e 2.

En efecto, segundo o artigo 1 LFG, son fundacións de interese galego aquelas que «estean constituídas por persoas naturais ou xurídicas que destinen ou afecten o seu patrimonio ás realizacións sen ánimo de lucro de fins de interese xeral en beneficio de persoas non determinadas indi-

vidualmente», precisando, a continuación, o artigo 2.2 que «a finalidade da fundación debe ser lícita e duradeira, servi-lo interese xeral de Galicia e beneficiar persoas non individualmente determinadas», o cal se adecua plenamente ó marco legal estatal antes referido.

Agora ben, en cambio existe algunha diverxencia, que posteriormente detallaremos, no que atinxe a outros preceptos mencionados tamén na referida disposición final 1^a.1 como constitutivos das condicións básicas do dereito de fundación e de aplicación directa en todo o Estado (artigos 3; 6.1; 7.1 e 2; 12.1 e 29).

Ningún problema formula, pola contra, a plena aplicación en Galicia da alínea 2^a da mesma disposición final 1^a da Lei estatal, en virtude da cal os artigos 4.5 e 37.2, serán, en todo caso, de aplicación xeral ó abeiro do previsto no artigo 149.1.8^a da Constitución.

Así mesmo, a teor do disposto no artigo 27/4 do Estatuto galego, resulta ausente de problemática a aplicación da alínea 2^a.b) da disposición final da Lei 30/1994, pois a aplicación xeral, ó abeiro do previsto no artigo 149.1.8^a da Constitución, a tódalas fundacións, incluso a aquelas nas que a competencia lles corresponda, de acordo co previsto nos seus respectivos estatutos de autonomía, ás comunidades autónomas, dos artigos 6.2, 3 e 4; 7.3; 8; 9; 10.1; 11; 12.2; 15; 16.2; 17.1; 20.1; 27.1, 2 e 3; 28.2; 30.1, 2 e 3; 32.1 e 34.1 e 2 exceptúase nas comunidades autónomas, que como Galicia ó abeiro do Estatuto, teñen competencia en materia de dereito civil, foral ou especial, no suposto do cal os ditos preceptos serán unicamente de aplicación supletoria.

Ámbito de aplicación

En canto ó ámbito de aplicación da lexislación galega, son consideradas fundacións de interese galego aquelas que desenvolvan as súas funcións principalmente en Galicia, aínda que non estean domiciliadas na Comunidade Autónoma, o que, polo demais, se corresponde co resto de lexislacións autonómicas (artigos 1 da Lei catalana, 1.1 da Lei canaria e 2 da Lei vasca), coa excepción de Navarra, onde a Lei 44 esixe que a fundación se constituía en Navarra.

Ademais, entran tamén neste grupo as entidades que teñan por obxectivo a consecución de fins de interese galego pero non teñan o seu domicilio en Galicia e desenvolvan fóra da comunidade as súas actividades fundamentais.

Desde logo, tamén son fundacións de interese galego as que estean domiciliadas dentro da Comunidade Autónoma, con independencia de onde se desenvolvan as súas actividades.

Un dos aspectos centrais da determinación do ámbito de aplicación

da lexislación galega de fundacións vén derivado do desenvolvemento principal das súas actividades en Galicia, que se ocupa de precisa-lo artigo 1.2 do Decreto 248/1992, cando advirte que unha fundación desenvolve principalmente as súas funcións en Galicia cando concorran conxuntamente os seguintes requisitos: a) que o conxunto dos seus activos que radiquen ou se atopen depositados en territorio da Comunidade Autónoma teñan un valor de inventario superior á metade dos seus bens inventariados; e b) que habitualmente invistan ou destinen a Galicia a parte máis importante do seu orzamento de gastos, ou ben que desenvolvan en Galicia a máis relevante das súas funcións.

Incluso se prevé que nas fundacións que teñan por obxecto a consecución de fins de interese galego e nas que concorran conxuntamente as características de desenvolve-las funcións principalmente fóra da Comunidade Autónoma e non teñan o seu domicilio en Galicia, o fundador poida encomendarlle á Xunta de Galicia tarefas concretas de salvagarda da súa vontade sempre que non sexan contrarias á normativa que resulte de aplicación.

Este complexo e extenso ámbito de aplicación pode xerar conflitos de leis con outras comunidades, especialmente no caso de fundacións domiciliadas en Galicia que desenvolvan a súa actividade principal fóra, que haberá de resolverse conforme a lexislación estatal, de acordo coa competencia exclusiva do Estado sobre as normas para resolve-los conflitos de leis consagrado no artigo 149.1.8.

En concreto, a Lei estatal de fundacións de 1994, no seu artigo 4.2, esixe coincidencia entre o domicilio social e o ámbito territorial en que as fundacións desenvolvan principalmente as súas actividades, ó requirir que as fundacións terán o seu domicilio social no lugar onde se encontra a sede do seu órgano de goberno, que deberá radicar no ámbito territorial no que desenvolvan principalmente as súas actividades, o que, en certo modo, altera a situación anteriormente descrita.

Constitución

O artigo 2.1 da Lei galega dispón que calquera persoa natural ou xurídica pode constituír fundacións de interese galego, sen distinguir en canto ás persoas xurídicas entre públicas ou privadas, a diferenza do artigo 6/1 da Lei estatal, co cal queda solucionada a dúbida en relación coa posibilidade de constituír fundacións de interese galego tamén polas persoas xurídicas públicas.

Precisamente, as fundacións constituídas maioritariamente ou na súa totalidade por recursos da Administración autonómica galega ou aquelas nas que a Xunta forme parte dos seus órganos de goberno e perciban

subvencións públicas sométense, segundo dispón a citada Lei do 5 de novembro de 1996, á fiscalización da Intervención Xeral da Xunta e, ademais, do Consello de Contas, que lle presentará o seu informe ó Parlamento de Galicia, esixindo que o persoal e cadros directivos das ditas fundacións sexan contratados, mediante anuncio público de convocatoria, con respecto ós principios de mérito e capacidade.

En canto á capacidade, a falta de disposición expresa, será de aplicación o disposto no artigo 6.3 e 6.4 da Lei estatal, de maneira que as persoas xurídicas privadas de índole asociativa requirirán o acordo expreso da súa xunta xeral ou asemblea de socios e as de índole institucional o acordo do seu órgano rector, mentres que as persoas xurídico-públicas terán, por principio, capacidade para constituír fundacións, salvo que as súas normas reguladoras establezan o contrario.

Polo que se refire ás persoas físicas, tampouco se realiza precisión ningunha tocante á capacidade de obrar necesaria para constituír unha fundación polo que, se non existe norma específica, de novo será de aplicación o artigo 6.2 da Lei estatal, en virtude da cal se require a capacidade xeral de obrar e a especial para dispor gratuitamente, *inter vivos* ou *mortis causa*, dos bens e dereitos en que consista a dotación.

Respecto da vontade de constituír unha fundación, pódese manifestar de calquera xeito susceptible de producir efectos xurídicos, podéndose constituír por actos *inter vivos* ou *mortis causa*, neste caso o fundador, se non outorga, por si mesmo, a carta fundacional, pode designar outras persoas para o seu outorgamento, non impoñendo a forma testamentaria, a diferenza do artigo 7.3 da Lei 30/1994, que é supletorio [disp. final 1^a. 2 b)] e sen que sexa previsto o outorgamento polo testamenteiro, herdeiro testamentario ou protectorado como fai o artigo 7/4 da Lei estatal.

En calquera caso, tras esa declaración contida no artigo 3/1 da Lei galega en favor do principio de liberdade de forma, a continuación, no artigo 3.2 precisase que a constitución *inter vivos* necesariamente deberá facerse mediante escritura pública, na que inescusablemente constará a carta fundacional, que posteriormente se haberá de inscribir no rexistro.

A dita escritura pública da carta fundacional, segundo o artigo 5, deberá conter necesariamente, de modo análogo ás esixencias do artigo 8 da Lei 30/1994, que, polo demais tamén é supletorio [disp. final 1^a. 2 b)], as circunstancias que acrediten a personalidade dos fundadores, sexan persoas naturais ou xurídicas, e determinen a súa capacidade para constituír unha fundación, a vontade de constituír unha fundación de interese galego, a dotación inicial, coa descrición e a natureza dos bens e os dereitos que a integran, a súa pertenza e as súas cargas e o título de achega e, por último, a designación das persoas naturais ou xurídicas que deban constituí-lo órgano de goberno da fundación.

Así mesmo, a escritura pública da carta fundacional conterá os estatutos, que conforme o artigo 6, de modo similar ó preceptuado no artigo 9 da Lei estatal, igualmente supletorio [disp. final 1^a. 2 b)], deberán comprende-la denominación, obxecto, finalidade fundacional e domicilio, as regras para a aplicación das rendas ó obxecto fundacional e para a determinación dos beneficiarios e, por último, o órgano que teña ó seu cargo a representación e goberno da fundación, con expresión do seu réxime, composición, regras para a designación e renovación dos seus membros, as súas atribucións e a forma de deliberar e adoptar acordos.

En canto á dotación patrimonial, o artigo 7 da Lei galega establece, ó igual có artigo 10.1 da Lei 30/1994, que pode consistir en bens e dereitos de calquera tipo sen que se esixa unha dotación mínima posto que unicamente se require que a dotación sexa suficiente para o cumprimento dos fins establecidos.

A continuación precísase que os modos e as cargas que graven os bens achegados non poden absorbe-lo seu valor sen que tampouco poidan significar uns gastos anuais que lles impidan o destino dunha parte das rendas ós fins fundacionais, salvo que o protectorado autorice a achega atendendo ó interese da fundación.

Fronte ó criterio de permisividade da dotación sucesiva considerado no artigo 10.2 da Lei 30/1994, en cambio a Lei galega impón a súa achega inicial, aínda que se exprese nos estatutos o compromiso de dotación sucesiva periódica a cargo do fundador ou de terceiras persoas e con independencia de que a dotación inicial poida ser posteriormente incrementada.

Iso constitúe unha notoria diferenza respecto da lexislación estatal por canto que o artigo 10.4 da Lei 30/1994 considera como dotación o compromiso de achegas de terceiros sempre que estivesen garantidas.

Por último, no proceso constitutivo dunha fundación en Galicia, a Administración autonómica controla a cualificación da fundación como «de interese galego» mediante o recoñecemento pola consellería correspondente, que exercerá o protectorado, por razón dos fins ou funcións que realice a fundación, segundo dispón o artigo 32 do Decreto 248/1992.

Segundo o artigo 4/2 do Decreto 248/1992, serán en todo caso requisitos necesarios para que unha fundación poida ser cualificada de interese galego: a) que os seus fins sexan lícitos, duradeiros e de interese xeral; b) que non teñan ánimo de lucro, para os efectos dos cales as súas prestacións serán normalmente gratuítas sen que as de carácter oneroso poidan supera-los límites impostos pola propia lei e regulamento; c) que os seus beneficiarios non sexan persoas físicas ou xurídicas determinadas individualmente, con atención preferente ás que non contén coa suficiente capacidade económica, salvo que se trate de prestacións de ín-

dole específica, que se outorgarán conforme os principios de mérito, capacidade e non discriminación.

Así mesmo, é necesaria, tralo recoñecemento, a inscrición no Rexistro de Fundacións de Interese Galego, segundo esixe o artigo 8/1, que, conforme o artigo 4.3 do Decreto 248/1992, ten carácter constitutivo, con anterior cumprimento de requisitos adicionais.

De acordo co artigo 11, a inscrición só poderá ser denegada se os documentos non se axustan ás disposicións da Lei de fundacións de interese galego, polo que a fundación se entenderá validamente constituída desde o outorgamento da carta fundacional en escritura pública sempre que, unha vez recoñecida pola Xunta de Galicia, se inscriba no Rexistro de Fundacións (artigo 8.2 da Lei galega, análogo ó artigo 3 da Lei 30/1994).

Tal comezo da personalidade xurídica da fundación desde a súa inscrición non impide, como se sinala no artigo 9 da Lei galega, que, con anterioridade á súa inscrición, pero xa outorgada a carta fundacional, o órgano de goberno, dentro das súas facultades, poida realizar actos xurídicos, adquirir dereitos e contraer obrigas, que se consideren inaprazables, en nome ou interese da fundación, que se entenderán automaticamente asumidos pola fundación en canto se produza a inscrición, respondendo, en caso contrario, o patrimonio fundacional das obrigacións contraídas, e, no seu defecto, a responsabilidade recaerá solidariamente sobre as persoas que contratasen, en termos similares ó artigo 11 da Lei 30/1994, aínda que con maior precisión a norma galega aclarará que a responsabilidade en caso de non inscrición non alcanza, como na Lei estatal, tódolos patróns, senón especificamente «sobre as persoas que contratasen».

En canto ó goberno da fundación, a lexislación galega amosa certa indefinición respecto da terminoloxía, non formulando formalmente a Lei de 1983, nin o Decreto de 1984, nin tampouco a Lei de 1991 nin sequer a cuestión do nome, polo que cabe entender que a intención desta é permitir que os fundadores escollan libremente a denominación que prefiran para o que a norma chama simplemente «órgano de goberno».

En cambio, o Decreto de 1992, que derroga o citado anteriormente de 1984, aínda que en certos preceptos se refire globalmente, de novo, ó «órgano de goberno», sen embargo, noutros artigos, aínda que sen impoñer, polo menos expresamente, a obrigatoriedade de tal utilización, usa o termo «padroado» e, incluso, identifica «o padroado ou órgano de goberno da fundación» (artigo 5.1), o que pode salvar, dalgún xeito, a falta de correspondencia co artigo 12.1 da Lei 30/1994, que declara o padroado condición básica na disp. final 1ª.1.

Por outra parte, a Lei galega segue o esquema dun órgano colexiado para o goberno da fundación, e establece, de modo similar ó artigo 13.1

da Lei 30/1994, que se comporá como mínimo de tres membros (artigo 13.1).

Nun primeiro momento –Lei de 1983– inclinouse en favor da colexialidade –tres membros como mínimo–, pero permitíndolle ó fundador establecer expresamente unha composición máis reducida, introducíndose, en 1991, a dita esixencia de que o órgano de goberno estea integrado cando menos por tres persoas.

Non obstante, o artigo 13.2 da Lei galega prevé expresamente a posibilidade de que o padroado sexa unipersoal, se ben sempre de forma temporal, pois autoriza os fundadores que sexan persoas físicas para reservar para si, con carácter vitalicio, o exercicio de tódalas competencias asignadas ós órganos de goberno da fundación, e esixe que á morte do fundador se proceda á constitución dun órgano de goberno integrado por tres ou máis membros.

Poden ser, segundo as alíneas 1ª e 2ª do artigo 14 da Lei galega, análogo ó artigo 13/2 da Lei 30/1994, membros do padroado tanto as persoas físicas, para o que se require ter plena capacidade de obrar e non estar inhabilitado para o exercicio dun cargo público, coma as persoas xurídicas, que, igualmente, poden integrarse nos órganos de goberno da fundación, e designar, para tal fin, necesariamente, a persoa ou persoas naturais que as representen.

Existe, non obstante, unha diferenza, pois a Lei galega, no seu artigo 13.1, esixe, salvo que os estatutos establezan outra cousa, que o presidente e o secretario sexan elixidos entre os membros do padroado mentres que o artigo 13.1 da Lei 30/1994 permite que o cargo de secretario poida recaer nunha persoa que non sexa membro do padroado, no caso do cal terá voz pero non voto.

Segundo o artigo 6 do Decreto 248/1992, non poden ser membros do órgano de goberno os quebrados e concursados non rehabilitados; os condenados a penas que leven accesoria a inhabilitación para o exercicio de cargo público nin tampouco os menores de idade e incapacitados, salvo que fosen membros natos, no caso dos cales actuarán no órgano de goberno a través dos seus respectivos representantes legais (artigo 14.2 da lei).

O desempeño da función de padroeiro, salvo representación das persoas xurídicas e menores incapacitados xa vistos, considérase, no artigo 6.2 do Decreto de 1992, como persoal e sen posibilidade de delegación, sen prexuízo de que sexa admitida, segundo o artigo 6.3 a) do mesmo decreto, a representación nas reunións do padroado por outro membro do órgano de goberno en comunicación escrita dirixida ó presidente con carácter especial para cada reunión.

En cambio, non existe unha disposición análoga á contida no artigo 13.5 da Lei 30/1994, en virtude da cal os chamados a exercer a fun-

ción de padroeiro por razón dos cargos que ocupan poidan actuar representados pola persoa a quen lle corresponda a súa substitución, prevíndose, unicamente, no artigo 12.1 d), o cesamento por deixar de desempeñar-lo cargo en razón do cal foron designados, sen prexuízo da súa substitución polo novo titular do cargo.

En canto á remuneración do cargo de padroeiro, fronte á dicción tallante do artigo 13.4 da Lei 30/1994, que sinala que en ningún caso poden percibir retribución polo desempeño da súa función, a Lei galega, logo dunha declaración xenérica en igual sentido a prol da gratuidade (artigo 14.3), introduce, a continuación, determinados matices.

Efectivamente, só a normativa galega específica, polo menos parcialmente, qué conceptos han de comprenderse entre os gastos reembolsables ós padroeiros, sinalando o artigo 8.1 do Decreto do 18 de xuño de 1992, que entre tales gastos se inclúen «os de viaxe e estadía para a asistencia ás reunións ou a realización de misións relativas á fundación que se lles encomenden».

Así, con independencia do dereito xeral de aboamento a tódolos gastos que o exercicio do cargo lles produza, que tamén recolle a Lei 30/1994, no seu artigo 13.6, e, se é o caso, do aboamento de axudas de custo por asistencia que, se é o caso, fixe o seu órgano de goberno, dentro dos límites que se determinen regulamentariamente e sempre e cando non prohiban o aboamento de tales gastos os respectivos estatutos, o cal é unha peculiaridade da Lei galega, engade a posibilidade de remuneración para o suposto de que o membro do padroado sexa apoderado xeral e exerza as súas funcións con dedicación exclusiva.

En concreto, o artigo 14.4 da Lei galega, na redacción que se lle deu trala reforma de 1991, considera a posibilidade de que o apoderado xeral da fundación sexa membro do órgano de goberno, podendo entón percibir unha retribución se exerce as súas funcións con dedicación exclusiva e os estatutos prevírono así, o cal se encontra previsto, igualmente no artigo 8.3 do Decreto 248/1992, non podendo, en cambio, percibir remuneración por razón do apoderamento, sen prexuízo da que lles corresponda, pola súa relación de emprego coa fundación, ós apoderados xerais que non sexan membros do padroado (artigo 8/4 do Decreto de 1992).

Polo que se refire á representación da fundación, é competencia do padroado, a quen lle corresponden tódalas facultades que sexan necesarias para a realización dos fins fundacionais, segundo sanciona o artigo 12 da Lei galega.

En canto ás obrigas dos membros do padroado, o artigo 16 da Lei galega, en termos semellantes ó disposto no artigo 12.2 da Lei 30/1994, a que alude a disp. final 1^a. 2 b), dispón que os membros do órgano de goberno da fundación deben cumprir e facer cumprir estrictamente os

fins fundacionais, de acordo cos estatutos, e conserva-los bens e dereitos que integran o patrimonio da fundación.

De acordo co artigo 14.4 da Lei galega, se os estatutos non o prohiben, o órgano de goberno pode delega-las súas facultades nun ou máis dun dos seus membros e nomear apoderados xerais ou especiais con funcións e responsabilidades mancomunadas ou solidarias, non sendo delegable a aprobación das contas, a formulación dos orzamentos, o alleamento ou gravame de bens inmoables, das obras de arte e bens patrimoniais histórico-artísticos e documentais, así como os valores mobiliarios non cotizados en bolsa, nin calquera outro acto que precise a autorización ou a aprobación do protectorado, o cal é máis restrictivo cá previsión do artigo 14 da Lei 30/1994, que unicamente prohibe a delegación respecto da aprobación de contas e do orzamento ou actos que requiran autorización do protectorado.

Polo que se refire ó cesamento dos membros do padroado, o artigo 12 do Decreto 248/1992, de modo esencialmente coincidente co artigo 16.2 da Lei 30/1994 [disp. final 1^a. 2 b)], considera como causas xerais de conclusión do exercicio do cargo, a morte, inhabilitación, incompatibilidade, renuncia desde o momento en que se lle notifique formalmente ó órgano de goberno da fundación e transcurso do prazo cando foron designados por tempo determinado.

Pero, ademais, na lexislación galega, os membros do órgano de goberno poden ser removidos polo fundador e por acordo do propio padroado, en tal caso esíxese, fronte á regra xeral da maioría absoluta dos asistentes, o voto favorable das dúas terceiras partes dos asistentes sempre que, ademais, supoña unha maioría absoluta do número dos seus membros, segundo sanciona o artigo 13.3 do Decreto de 1992.

Así mesmo, é considerada a posibilidade de remoción por parte dos tribunais a instancia do protectorado, tralo expediente, na hipótese de que os membros do padroado, que non poden ser suspendidos polo protectorado, que só pode adopta-las medidas preventivas previstas no artigo 11 do Decreto 248/1992, poden, en cambio, ser suspendidos polo xuíz no exercicio do cargo, como dispón o artigo 10 do Decreto 248/1992 cando se inste o protectorado para o procedemento de remoción.

O dito procedemento xudicial de remoción, segundo o artigo 12.1 c) do Decreto 248/1992, pódese solicitar ó ser condenado por sentenza firme como consecuencia do exercicio da acción fundacional de responsabilidade, que, en consecuencia, difire da previsión do artigo 15.3 da Lei 30/1994, que establece tal posibilidade só «cando se poña contra eles a acción de responsabilidade», sendo esta norma procesual dictada ó abeiro do artigo 149.1 6^o da Constitución (disp. final 1^a. 3).

Por último, de acordo co artigo 17 da Lei galega, os membros dos órganos de goberno da fundación son responsables fronte a ela «nos ter-

mos que establezan as leis», o cal, ante a ausencia de previsión específica, haberá de suplirse coas previsións contidas na Lei 30/1994.

Pois ben, conforme o artigo 15.2 da Lei estatal [disp. final 1ª. 2 a)], os padroeiros responderán fronte á fundación dos danos e perdas que causen por actos contrarios á lei ou ós estatutos ou polos realizados neglixentemente, e quedarán exentos de responsabilidade, tanto na Lei galega coma na lexislación estatal (art. 15.2), os que se opuxesen ó acordo determinante desta ou non participasen na súa adopción.

A dita acción de responsabilidade será exercida perante «a xurisdicción competente», segundo o art. 14.1 Decreto 248/1992, que é a xurisdicción ordinaria do art. 15.3 da Lei 30/1994, en nome da fundación polo propio padroado, que xa non poderá transixir nin renunciar á acción sen autorización do protectorado, polo protectorado ou por quen posúa lexitimación conforme as leis, e establecerase no artigo 15 do Decreto 248/1992, que os beneficiarios e demais afectados pola actuación da fundación só poderán solicitar do órgano de goberno ou do protectorado que estes exerciten a acción fundacional de responsabilidade, sen prexuízo de poder presentar persoalmente as accións de indemnización que lles correspondan polos actos do órgano de goberno ou dos seus membros que danen directamente os seus dereitos ou intereses lexítimos.

Xestión económica

En canto ós aspectos económicos de xestión das fundacións, o artigo 21 LFG e os artigos 17 e seguintes do Decreto 248/1992 imponen o control pola Xunta de Galicia da situación patrimonial da fundación e das súas actividades ó remate de cada exercicio económico e formulación necesaria do orzamento seguinte, ordinario ou extraordinario, todo isto para lograla correspondente aprobación do protectorado.

Segundo o artigo 17.1 do Decreto 248/1992, o patrimonio da fundación pode estar constituído por bens e dereitos de calquera clase sen que, a diferenza do artigo 17.1 da Lei estatal, se esixa que sexan susceptibles de valoración económica [disp. final 1ª. 2 b)].

En canto á adquisición de bens, segundo o artigo 18.1 do Decreto 248/1992, o padroado poderá realizar a título oneroso ou lucrativo, sen outras limitacións cás establecidas na lei ou nos estatutos, e determinárase no artigo 15 LFG, de modo similar ó artigo 20.1 da Lei estatal [disp. final 1ª. 2 b)], que os lexítimos representantes das fundacións poderán aceptar herdanzas, legados e doazóns entendéndose as herdanzas aceptadas sempre a beneficio do inventario, e sen que poidan ser repudiadas, nin as doazóns rexeitadas, sen a autorización previa e expresa do protectorado, de modo similar ó preceptuado no art. 20.3 Lei 30/1994.

A dita autorización previa e expresa do protectorado tamén será precisa, en todo caso, para a aceptación de doazóns e legados con carga, sen precisarse na Lei galega, como fai o artigo 20.2 da Lei estatal, que a autorización será necesaria cando os legados ou doazóns poidan desnaturaliza-lo fin fundacional.

A adquisición de bens non require, con carácter xeral, autorización do protectorado salvo en determinados casos en que a adquisición se realice a través dunha operación de crédito, establecendo o artigo 22 do Decreto 248/1992 que as fundacións poderán concertar operacións de crédito sempre que se destine o seu importe ós fins da fundación e que, illada ou conxuntamente, non deban aboar anualmente por xuros e amortizacións unha cantidade que exceda do 30% dos seus ingresos ordinarios, pois necesitarán noutro caso autorización previa do protectorado.

Para os demais actos de disposición de bens, o artigo 19 do Decreto 248/1992, impón xeralmente a intervención administrativa cun carácter máis estricto có artigo 19 da Lei 30/1994.

Nos alleamentos a título gratuito, cando con elas se cumpran directamente os fins fundacionais, requírese autorización do protectorado salvo previsión estatutaria expresa a prol do padroado segundo dispón o art. 19.1 do Decreto de 1992.

Polo que se refire ó alleamento a título oneroso de inmobles da fundación destinados con carácter permanente ó cumprimento directo dos seus fins, só se poderá facer nas condicións establecidas polo fundador ou que impoña o protectorado en cada caso (art. 19.2 do decreto).

Para o alleamento dos demais bens, as alíneas 3ª e 4ª do citado artigo 19 requiren, salvo para valores cotizados en bolsa, autorización do protectorado, que se entenderá concedida se non se opón ó alleamento no prazo de tres meses, o cal difire do artigo 19.1 da Lei 30/1994, que unicamente esixe neste caso autorización do protectorado se os bens supoñen un valor superior ó 20% do activo da fundación segundo o último balance anual, polo que será abonda, noutro caso, a simple comunicación, non esixindo a Lei galega, a diferenza do artigo 19.3 da Lei 30/1994, a autorización ou comunicación para comprometer en árbitros de equidade ou para realizar transaccións verbo dos bens e dereitos mencionados.

Respecto dos gravames dos bens, mentres que no artigo 19 da Lei 30/1994 están sometidos ó mesmo réxime de autorizacións e comunicacións cós alleamentos, en cambio en Galicia, segundo o artigo 20 do Decreto 248/1992, os órganos de goberno da fundación poden libremente e baixo a súa responsabilidade constituír gravames ou garantías sobre os bens da fundación para o que non se require autorización do protectorado, aínda que si comunicación, salvo para gravalos bens que constitúen a dotación da fundación que esixe autorización previa.

Polo demais, as fundacións poderán realizar directamente as actividades económicas que estimen convenientes para o mellor cumprimento dos fins fundacionais, que só deberán informa-lo protectorado a través da memoria anual da estrutura e funcionamento destas, coa debida separación (art. 21 Decreto 248/1992).

Igualmente poden participar en sociedades mercantís con obriga, do mesmo xeito ca no artigo 27/3 da Lei 30/1994, de poñelo en coñecemento do protectorado pero sen que se recolla expresamente a prohibición contida no artigo 22.1 da Lei estatal de que as fundacións non poderán ter ningunha participación en sociedades mercantís nas que deban responder persoalmente das débedas sociais.

En todo caso, á realización da actividade fundacional deberalle ser destinado, cando menos, non o 70% a que alude o artigo 21.1 da Lei estatal, senón o 80% das rendas que obteña a fundación e dos outros ingresos que non formen parte da dotación, segundo dispón o art. 7.5 LFG.

Ademais, o artigo 19 da Lei galega precisa que as cantidades que excepcionalmente, e con autorización do protectorado, poderán percibir as fundacións dos seus beneficiarios non poderán exceder do custo real do servizo ou prestación, sen marxe comercial de ningunha clase.

As fundacións en Galicia precisan a autorización do protectorado para emprende-las modificacións estatutarias, transformacións, agregacións, fusións ou extincións, podendo o protectorado solicitarlle á autoridade xudicial a disolución, extinción ou transformación dunha fundación de interese galego segundo as circunstancias que había no momento da súa creación, conforme o artigo 38 do Decreto 248/1992, en termos similares ós artigos 27.1, 2 e 3 e 28.2 da Lei 30/1994 [disp. final 1ª. 2 b)].

Para rematar, en relación coa extinción da fundación, as previsións contidas no artigo 29 da Lei 30/1994 co carácter de condición básica [disp. final 1ª.1] son as mesmas cás recollidas no artigo 39.1 do Decreto 248/1992 coa súa remisión ó artigo 39 do Código civil, sendo igualmente de contido similar o artigo 389.2 do Decreto 248/1992 e o artigo 30.1, 2 e 3 da Lei estatal [disp. final 1ª. 2 b)] polo que se refire ás formas de extinción e para os seus efectos. 

LAS FUNDACIONES: NEUTRALIDAD DE SUS FINES

Antonia Nieto Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Santiago de Compostela

1. La neutralidad de los fines de las personas jurídicas. Especial referencia a las Fundaciones

El art. 34.1 de la Constitución Española de 1978 establece que: «Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley». Observamos que como límites de este derecho aparecen: el interés general y lo dispuesto en la ley. Por eso no encuentro razón alguna para –dentro de esos límites– admitir la posibilidad de que la persona jurídica tipo fundación pueda ampliar sus fines en relación a los que tradicionalmente se han considerado objetivos exclusivos a realizar por las fundaciones; recordemos que la fundación genuina, propia del primer estadio histórico de su Derecho, se configura como fundación benéfica en sentido estricto, en cuanto referida a las necesidades vitales del hombre, de naturaleza alimentaria o concernientes a las carencias más elementales (sustento, habitación, educación)¹.

¹ Vid.: CABRA DE LUNA, Miguel Ángel: *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, obra coordinada por DE LORENZO GARCÍA, Rafael y AA.VV., Madrid, Pons, 1995, p. 182.

Hoy la sustancial *neutralidad de los fines*² es requerida por las personas jurídicas civiles y mercantiles para dar efectividad a los Principios Constitucionales de la libertad de Empresa, art. 38 CE y la función social de la propiedad, art. 33 CE. Un ejemplo claro de la actual tendencia a desmitificar el establecimiento de compartimentos estancos para Sociedades Mercantiles y Fundaciones, según se persigan o no finalidades de lucro, se encuentra en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de noviembre de 1991 (RJA, 8637) que plantea el problema de fondo de si una Sociedad Anónima puede o no establecer en sus Estatutos una determinación en virtud de la cual una cantidad de los beneficios legales pueda destinarse a realizar donaciones y aportaciones a Fundaciones; el Registrador Mercantil manifestó su disconformidad, frente al Notario autorizante de la Escritura que se basaba fundamentalmente en el art. 10 del TRLSA³, principio de la autonomía de la voluntad, y señalaba que el Registrador confunde el derecho abstracto al beneficio, que es un derecho general de los socios; pero que

² Entiéndase «neutralidad» como cualidad o actitud de neutral, esto es, como dispone el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española: «Que no es ni de uno ni de otro; que entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas. Dícese de personas o de cosas [...]». Teniendo en cuenta este concepto, lo que se defiende en este trabajo es que las personas jurídicas mercantiles no deben inclinarse únicamente al lucro, también conviene que la contribución al interés general sea uno de sus objetivos aunque no el predominante y, del mismo modo, las fundaciones no pueden permanecer anquilosadas en actividades de beneficencia *strictu sensu*, deben tener la posibilidad de realizar actividades económicas aunque sea para reinvertir los beneficios en intereses sociales.

³ El art. 10 del TRLSA (RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre de 1989) establece: «En la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las Leyes ni contradigan los principios configuradores de la Sociedad Anónima» (*vid.*: arts. 1116 y 1255 del CC).

Cfr.: Resolución de 2 de febrero de 1966 (RJA, 1398), que se ha pronunciado negativamente sobre la validez o posibilidad jurídica de un pacto estatutario que consagre como habitual la realización de actos a título gratuito por una Sociedad Mercantil. Resolución pre-Constitucional, que no tiene en cuenta los arts. 33, 34 y 38 de nuestra Carta Magna, que plasman: la función social de la propiedad, el derecho de fundación para fines de interés general y la libertad de empresa, respectivamente. Además, nada empuja que una Sociedad Mercantil siga teniendo como objeto social la actividad de lucro, con que realice actos de carácter lucrativo dentro de unos límites en su cuantía que supondrán el respeto al contenido esencial del Derecho, art. 53.1 CE, y que no implicarán, como dice la Resolución: «[...] convertir la Sociedad Mercantil en Entidad benéfica».

No debe confundirse la cifra de Capital Social como cifra de retención y garantía para los acreedores, con el Patrimonio Social y la posibilidad de utilizar beneficios líquidos, de libre disposición, sin que los acreedores puedan intervenir.

Además, en esta misma Resolución se habla de «desorbitada facultad», la de hacer donaciones (Considerando 7.º); pero reconoce que es plausible el comportamiento de *solidaridad social* (Considerando 6.º *in fine*).

permite, como es natural, la existencia de modificaciones e, incluso, la realización de actos que lo disminuyan y el derecho concreto de beneficio que deriva de un dividendo concertado. Añadiendo que no se perjudica a los acreedores, porque para su protección están las normas sobre composición del capital social y el Registrador no parece distinguir entre capital y patrimonio, por cuanto que las cantidades que se detraen de los beneficios de la Sociedad, éstas son de libre disposición de las mismas, sin que los acreedores puedan intervenir en ellas.

La Dirección General acuerda estimar el Recurso interpuesto y revocar el acuerdo y la nota del Registrador. En efecto, la Dirección General admite la cláusula Estatutaria debatida –de dedicación de parte de los beneficios a aportaciones a Fundaciones–, por tratarse de «[...] una simple autorización Estatutaria a la Junta General, para que pueda acordar la aplicación de una parte, ciertamente moderada, de los beneficios del ejercicio a la satisfacción de los fines de interés general o público –que por definición legal constituye el objetivo propio de toda Fundación (vid.: arts. 34 de la Constitución Española y 35 del Código Civil)– [...]» (FD Segundo).

No desconoce el Alto Cuerpo Directivo que «[...] en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran (vid.: arts. 1665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio, 48 a) y 213 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ahora bien, estas notas definidoras no contradicen la posibilidad de que la Sociedad Anónima –Entidad dotada de capacidad general para realizar cualquier acto de la vida compatible con su específica naturaleza (vid. art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas)– cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente, como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo [...]» (FD Tercero).

Conviene traer aquí a colación la doctrina de Pantaleón Prieto⁴ cuando considera que no existe ninguna razón legal ni dogmática sólida en contra de que una Sociedad Anónima, Comanditaria por Acciones o Limitada tenga por objeto social una actividad no económica. También Paz-Ares al referirse al Contrato de Sociedad señala que las razones que originariamente provocaron la reserva del sistema societario a *finés lucrativos* han caído en el contexto de nuestro sistema constitucional. Se

⁴ Vid.: PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Asociación y Sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)», *Anuario de Derecho Civil*, Enero-Marzo, 1993, p. 44, nota 82.

produce, entonces, lo que el autor denomina constante «erosión del ánimo de lucro». Habla de neutralidad al reconocer el carácter societario: a entidades de base Mutualista: Cooperativas (vid.: art. 1 LGCoop.), Sociedad Mutua de Seguros (arts. 13 y 14 LOSP); neutralidad en las SA y SRL (vid.: arts. 3 LSA y 3 LSRL): tipos sociales a utilizar para el desarrollo de «cualquier objeto». Esto es: «ideológicamente neutral». Esta fungibilidad causal la ratifica la LSA que no elenca, en su art. 34, entre las causas de nulidad, la falta de causa lucrativa⁵.

En el Derecho italiano, Santini afirma la «neutralidad» respecto de la estructura Societaria, esto es –dice– de una estructura destinada a ser rellena sí de una finalidad concreta pero no necesariamente de un fin lucrativo técnicamente intenso. En este sentido Galgano se refiere a la *Superfluità dello scopo di lucro*⁶.

Conviene recordar que puede ocurrir que personas morales ya existentes se transformen pura y simplemente en Fundaciones y que aquellas personas morales fuesen «lucrativas», los ejemplos nos los proporciona Sauvel⁷ citando: «L'Institut Pasteur» (1887), que después de haber tomado la forma comercial se transforma en Fundación. El *Institut Pasteur* pertenece a las denominadas *operational Fondations*, cuyos recursos son destinados a las actividades de la propia Fundación. También: «L'École Libre des Sciences Politiques» (1872), que después de haber sido durante largo tiempo Sociedad Anónima cede todo su haber a la *Fondation Nationale* (1945).

Prestemos ahora atención especial a la persona jurídica tipo Fundación y observemos la incidencia en ella del principio que se defiende: la neutralidad de sus fines. Estaba admitiendo esta neutralidad Lacruz Berdejo⁸, cuando se refería a la posibilidad de hacer compatible la vocación

⁵ Vid.: PAZ-ARES, Cándido: «Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, pp. 1307-1314.

Cfr. art. 22 CE y 4 Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, nueva redacción dada por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

⁶ Vid.: SANTINI, Gerardo: «Tramonto dello Scoppo lucrativo nelle società di capitali», en *Rivista di diritto civile*, Parte I, 1973, pp. 151-157. El autor consiente la estructura societaria también cuando el lucro sea meramente eventual. ASCARELLI, Tullio: en: «Tipologia delle Società per Azioni e disciplina giuridica», *Rivista delle società*, 1959, p. 1013, se refiere al: «fin de lucro que se presenta por su naturaleza como neutro [...]». En este sentido, vid., también: GALGANO, Francesco: *L'Imprenditore*, Bologna, Zanichelli, 1970, pp. 26-30.

⁷ Vid.: SAUVEL, Tony: «Les Fondations. Leurs origines, leur évolution», *Revue Française du Droit Public*, 1954, p. 341.

⁸ Vid.: LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Aportación para una futura Ley de Fundaciones»,

de ganancia con la prohibición genérica de lucro que pesa sobre las Fundaciones. En esta defensa de la neutralidad de los fines destaca la doctrina italiana. Rescigno⁹ cita la progresiva *neutralità* de la forma jurídica respecto al contenido económico¹⁰ que hace superar el obstáculo representado por la tradicional concepción del instituto en el que aparece como esencial el perseguir fines altruistas, intereses no individuales. El autor utiliza como ejemplo la Fundación Zeiss¹¹, concreto modelo histórico de *pluralità e larghezza* de los fines estatutarios y distingue entre fines de carácter introempresariales y fines de carácter extraempresariales.

Sin embargo también aparecen voces discordantes. Así, SauveL¹² no admite la posible compatibilidad, atacando la nota de la neutralidad de la forma jurídica respecto al contenido económico, y siendo partidario de la homogeneidad del contenido fundacional, es contundente cuando afirma que «*Les temps des mots vagues est terminé*».

Desde luego, y observando la realidad socio-económica, se advierte que la previsión de fines extremadamente amplios y elásticos constituyen la regla actual de las Fundaciones de mayor relevancia. El resultado de esta afirmación no es diverso del que se realiza en las sociedades de capital, a través de la generalidad y omnicomprensividad de la indicación del objeto social. Para esto está bien que los Estatutos contengan indicaciones genéricas de los fines fundacionales.

Conviene tener aquí presente una norma del CC Suizo, art. 80, cuando utiliza la lacónica expresión «*but spécial*»: «La Fundación tiene por objeto la afectación de bienes a favor de un fin especial». Según Pauvel y a la vista del citado artículo sólo serían inadmisibles fines imposibles, ilícitos, o contrarios a las buenas costumbres¹³.

en: *Hacia un Estatuto de las Fundaciones en España*, Temas de Fundaciones, n.º 2, Madrid, Centro de Fundaciones, 1979, pp. 135 y 136.

⁹ Vid.: RESCIGNO, Pietro: «Fondazione e Impresa», *Rivista delle società*, 1967, donde se refiere a la «*neutralità delle forme giuridiche dell'attività economica*», pp. 829, 832 y 833.

¹⁰ La feliz expresión de RESCIGNO, *neutralità delle forme giuridiche rispetto ai continuti*, también es tenida en cuenta por VITTORIA, para hacer referencia a la incomodidad que supone para la doctrina y la jurisprudencia establecer una línea neta de individualización y de separación entre los entes del Libro I y del Libro V del Código Civil Italiano. Lo que *mutatis mutandis* reconoce es la dificultad de colocar los mojoneros entre los entes civiles y mercantiles. Vid.: VITTORIA, Daniela: «Gli enti del Primo Libro del Codice Civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma», en: *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, a cargo de RESCIGNO, Pietro, Padova, CEDAM, 1989, pp. 107-111.

¹¹ Vid.: GOYDER, George: *El porvenir de la Empresa privada*, Madrid, Aguilar, 1957. A esta Fundación. Zeiss, me referiré al estudiar la Fundación-Empresa.

¹² Vid.: SAUVEL, Tony: «Les Fondations. Leurs origines, leur évolution», *Revue Française du Droit Public*, 1954, p. 351.

¹³ Vid.: PAUVEL, Uwe: «Suisse», en *Les Fondations en Europe. Une étude comparative*, IdW-Verlag GmbH, Düsseldorf, 1973, p. 79.

Nótese que la Ley 30/1994, de Fundaciones se ha preocupado de perseguir los fines fundacionales, paradigmático resulta el art. 2.1: «Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o de cualesquiera otros de naturaleza análoga». Con parecido contenido y la misma *ratio legis* se manifiestan la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, art. 1.1 y la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, art. 3.1. Advierto, en relación con esta Ley valenciana de Fundaciones que en su Preámbulo se refiere a fines: «[...] que encajan en el ámbito de la función social de la propiedad [...]», esta observación me parece digna de todo encomio, nos recuerda la Constitución Española de 1978, art. 33.2, función social de la propiedad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil y aplicar la interpretación sociológica según: «la realidad social social del tiempo en que han de ser aplicadas [las normas]» y la teleológica o finalista atendiendo fundamentalmente: «al espíritu y finalidad de aquéllas»¹⁴.

2. La realización de actividades mercantiles e industriales

Se trata de una nueva posibilidad de las Fundaciones, por lo tanto, de hacer efectivo el principio de neutralidad de los fines fundacionales.

La Ley 30/1994, de Fundaciones, dispone en su art. 22: «1. Las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. 2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover la transformación de aquéllas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad. 3. Las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado en cuanto ésta se produzca».

La exigencia de la licitud de los fines aparece claramente, por ejemplo, en la Ley de Fundaciones de interés gallego, Ley 7/1983, art. 2.2. También en la Ley de Fundaciones del País Vasco, Ley 12/1994, art. 3.1.

¹⁴ El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de julio de 1999 (RJA, 6323) utiliza el art. 3.1 del CC, en concreto apela a la «realidad social», interpretación sociológica respecto del RD sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno de 14 de marzo de 1899 –en un supuesto de inembargabilidad de bienes–.

Para Cabra de Luna¹⁵ nos encontramos ante uno de los artículos más señeros de la Ley, que nos sugiere un doble enfoque: de un lado, el ejercicio de actividades empresariales por parte de las Fundaciones, ya sea para el cumplimiento directo de sus fines o para la consecución de ingresos necesarios para la financiación de sus programas de acción, y, de otro lado, la titularidad accionarial de las fundaciones en las sociedades mercantiles.

La redacción del art. 22 de la Ley 30/1994 se utiliza por la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, art. 19 que se intitula: *Actividades mercantiles e industriales*. La Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco, art. 25, admite que las Fundaciones puedan realizar actividades empresariales, mercantiles o industriales, cuando éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. En todos los demás supuestos deberán realizar dichas actividades a través de sociedades, incluidas las de economía social, que tengan limitada la responsabilidad de sus socios. Las actividades empresariales deberán ser puestas en conocimiento del Protectorado.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones, de Cataluña, dedica los artículos 35 a 39 a las «Actividades económicas» de las fundaciones. Nos interesan especialmente los artículos 35 y 36. La regla general, que admite determinadas excepciones, y, por lo tanto la *ratio legis*, es que solamente se permite que las fundaciones constituyan sociedades o participen en el capital de sociedades que limiten la responsabilidad de los socios, y se condiciona la participación de las fundaciones en la gestión de sociedades a que sea compatible con las finalidades fundacionales –cfr.: art. 35–, también se establece que las fundaciones puedan realizar directamente explotaciones económicas, de acuerdo a lo que disponga la legalidad vigente, todo esto es posible si con esta actividad se cumplen fines fundacionales o se trata de una actividad accesoria, complementaria o subordinada en relación con el fin fundacional.

El Reglamento gallego de fundaciones, Decreto 248/1992, también establece, art. 21,1, que las fundaciones podrán realizar directamente las actividades económicas que consideren procedentes para el mejor cumplimiento de los fines fundacionales; pero deberán informar al Protectorado, a través de la memoria anual, de la estructura y funcionamiento de ellas, con la debida separación. La participación mayoritaria de la fundación en sociedades mercantiles deberá comunicársele al Protectorado tan pronto como se produzca. Este art. 21.1, Decreto 248/1992, deberá interpretarse a la luz del art. 22 de la Ley 30/1994 si se quiere que se respete debidamente el contenido esencial del derecho de fundación –vid.: art. 53.1 Constitución Española de 1978–.

¹⁵ Vid.: CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, op. cit., p. 182.

El Tribunal Supremo no desconoce la importancia de la realización de actividades mercantiles e industriales por las fundaciones y en la Sentencia de 7 de julio de 1999 (RJA, 6323) señala que: «[...] se intenta conseguir la reactivación de empresas industriales después de conflictos bélicos mediante una amplia implicación económica y laboral de la sociedad; con lo que se ha tratado de distinguir entre actividades empresariales de las fundaciones y la fundación empresa, sin que falten corrientes doctrinales contrarias a ello junto a otras que lo admiten en cuanto sea razonable y adecuado al ordenamiento cumpliendo las exigencias del mismo [...]».

3. La Fundación-Empresa

En la STS de 7 de julio de 1999 (RJA, 6323), a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, se distingue entre actividades empresariales de las fundaciones y la fundación empresa. De este tipo de fundación nos ocupamos en este momento. Nótese que la fundación tiene una infraestructura organizativa que se asemeja a la de la empresa, si bien la diferencia esencial está en que mientras la empresa mercantil nace para la obtención de beneficios, a la fundación no la mueve el ánimo de lucro.

Destaca la opinión de Zoppini¹⁶, que aborda esta cuestión al tratar de la relación entre los intereses particulares y la utilidad social; se refiere a la *neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economiche*, donde se quiere colocar a la Empresa-Fundación, la *Unternehmensträgerstiftung* de la experiencia tedesca, la Empresa que ha asumido la forma jurídica de la Fundación. En contra de esta posición se coloca Bianca¹⁷, cuando afirma que la Fundación no puede ejercitar una Empresa comercial, ni siquiera si el provecho se utiliza para perseguir fines altruistas. No estoy de acuerdo con esa opinión, precisamente creo que el hecho de reinvertir lo obtenido por la Fundación-Empresa en fines altruistas es uno de los justificantes de mayor envergadura para defender su existencia.

Adviértase que la cuestión no resulta nada pacífica. En efecto, el Tribunal Constitucional así lo ha reconocido en la STC 49/1988, de 22 de marzo [sobre Órganos Rectores de Cajas de Ahorros] –Fundamento Jurídico Séptimo–: «[...] el concepto de Fundación-Empresa en sus diversas modalidades constituye una de tantas importaciones de la doctrina ale-

¹⁶ Vid.: ZOPPINI, Andrea: «Considerazioni sulla Fondazioni d'Impresa e sulla Fondazione Fiduciaria regolate da una recente Legge Francese», *Rivista di diritto civile*, Parte Prima, 1991, p. 588.

¹⁷ Vid.: BIANCA, C. Massimo: *Diritto Civile, I, La norma giuridica-I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 315.

mana que se han realizado o se intentan realizar en nuestro Derecho [...], la doctrina no es unánime sobre cuáles serían las condiciones y las medidas legislativas para llevarla a cabo, especialmente cuando se trata de la llamada Fundación-Empresa 'funcional' aplicada a un tipo de Empresas tan peculiar como las entidades de crédito, sino que en todo caso resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de Fundación protegida por el art. 34 de la Constitución».

Precisamente, en relación con esta Sentencia del Tribunal Constitucional, Díez-Picazo¹⁸ afirma que el art. 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualquiera que sean las características de ésta y lo mismo si tiene o no finalidad de lucro. Se trata –dice– de que existan agentes económicos de carácter privado. En esta opinión pueden basarse argumentos tendentes a dar carta de naturaleza en nuestro Derecho a la Fundación-Empresa.

La Sentencia del Tribunal Constitucional imputa el nacimiento de la polémica en torno a la Fundación-Empresa a la doctrina alemana. En efecto, por ejemplo, Kronke¹⁹ admite la Fundación como forma de Empresa²⁰.

Conviene tener presente que determinados autores ponen de manifiesto que en ciertos países, como Francia, existe una incompatibilidad entre el interés general y la finalidad lucrativa. Por todos, tengamos presente la opinión de Szybowicz y Magistrali²¹, cuando afirman que en Francia, la carga y la responsabilidad de interés general incumben automáticamente al Estado. En el espíritu de los ciudadanos, el carácter de interés general excluye todo propósito lucrativo. Estas consideraciones que adopta la sociedad gala hay que estudiarlas hoy a la luz de la legislación francesa sobre la *Fondation d'Entreprise*, Fundación de Empresa, concebida en el país vecino como persona moral, con *but non lucratif*, para la realización de una obra de *intérêt général*; permitiéndose claramente la convivencia del interés general y la Empresa²².

¹⁸ Vid.: Voto particular que formuló Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN en los Recursos núms. 990, 991 y 1007/1987, en la STC 49/1988, de 22 de marzo.

¹⁹ Vid.: KRONKE, Herbert: *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, 1988.

²⁰ En este orden de preocupaciones, vid.: KOHL (Dr. Reinhard Kohl, Münster): «Brauchen Wir ein stiftungskonzernrecht?», en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1992, Heft 31, pp. 1922-1924. Con el título «La Fundación como dirección de la Empresa», el autor ha propuesto reflexiones, tesis y conclusiones sobre la relación Derecho Fundacional y Derecho de Empresa con el propósito de estimular una discusión sobre el Derecho Fundacional-Empresarial.

²¹ Vid.: SZYBOWICZ, A. y MAGISTRALI, S.: *Esponsorización y Mecenazgo*, Barcelona, 1990, pp. 19, 20 y 47.

²² Vid.: ZOPPINI, Andrea: «Considerazioni sulla Fondazione d'Impresa e sulla

En todo caso debe reconocerse que el país prototipo de la figura de la Fundación-Empresa es Alemania, país en que está ampliamente reconocida esta figura: *Unternehmensstiftung*, donde la precursora y más conocida es la Fundación ZEISS: *Carl Zeiss Stiftung*, establecida por Ernest Abbe en Jena (1896), considerada como el modelo más riguroso y el más felizmente operante de Fundación-Empresa, entiende el ejercicio de la Empresa por medio de un sujeto distinto al de la Fundación²³. Rescigno²⁴ señala que sobre este punto la doctrina tedesca está positivamente influenciada por la práctica americana: que sean netamente distintos los órganos de la Empresa y los de la Fundación.

Diversos autores señalan la necesidad de que la fundación para potenciar su eficacia adopte una actitud empresarial, un aspecto menos burocrático, tanto en la gestión de su patrimonio como en la realización de sus prestaciones. De tal manera que se pueda admitir la posibilidad de que la fundación actúe de forma dinámica en el mercado en orden a obtener fondos suficientes para el adecuado cumplimiento del fin fundacional, adaptándose así a las variables circunstancias económicas, debiendo aceptarse esta posibilidad siempre que las ventajas económicas se adscriban directa y efectivamente al fin fundacional. Se ve a la fundación como titular exclusiva e inmediata de la empresa y se puede afirmar con Valero Agúndez²⁵ que la fundación como sujeto jurídico puede intervenir de diversas maneras en el tráfico económico. En el caso de la

Fondazione Fiduciaria regolate da una recente legge francese», en: *Rivista di diritto civile*, 1991, pp. 573-597.

²³ Vid.: GOYDER, George: *El porvenir de la Empresa privada*, Madrid, Aguilar, 1957. Traducción del inglés por Alau GÓMEZ-ACEBO: *The future of private Enterprise a study in Responsibility*. En un apéndice se encuentra el Estatuto de la Fundación Zeiss (pp. 133-197), firmado por el Dr. Ernest Abbe, en Jena, el 26 de julio de 1896, a los que siguió una carta de aceptación firmada por el Ministro de Estado, como requiere la Ley Alemana para legalizar el Estatuto. Está fechada en Weimar el 5 de diciembre de 1905.

El objetivo de esta Fundación es el buen funcionamiento de talleres de óptica y vidrio, contando con la cooperación del fundador, y manteniendo estos establecimientos industriales bajo un título de propiedad impersonal, seguridad económica de un gran número de gentes y garantizar el respeto de los derechos personales y económicos de los cotrabajadores. Una vez cumplidos este tipo de objetivos, *dentro de los talleres*, con los fondos disponibles se atenderá a cuestiones de *fuera de los talleres*, fomentando el interés general y el bien público de la población trabajadora de Jena y su vecindario inmediato, así como los estudios de ciencias naturales y matemáticas.

²⁴ Vid.: RESCIGNO, Pietro: «Fondazione e Impresa», en *Rivista delle società*, 1967, p. 846.

²⁵ Vid.: VALERO AGÚNDEZ, Urbano, con una obra realmente precursora sobre la materia: *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1969. También, en relación con la realización de actividades mercantiles y con la Fundación-Empresa, vid.: NIETO ALONSO, Antonia: *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa, 1996.

Fundación-Empresa, la actividad de la empresa queda automáticamente orientada a la promoción de fines generales, de interés común..., en ella el logro de ganancias se subordina en razón de medio a fin a la promoción de fines ideales de interés común, esenciales a la fundación.

4. Otras manifestaciones de los objetivos heterogéneos que persiguen las Fundaciones

De plausible puede calificarse la preocupación del legislador al ofrecernos, cumpliendo el mandato constitucional, art. 34 CE, una regulación *ad hoc*. Esta circunstancia ha favorecido, sin duda, la constitución de fundaciones en consonancia con las nuevas necesidades de la sociedad civil y a promocionar a las ya existentes. Fundaciones, personas jurídicas coadyuvantes del Estado en la realización de fines de interés general –cfr. arts. 35 CC y 34 CE–. Recordemos que uno de los principios inspiradores y calificadores de la actuación de las fundaciones es la subsidiariedad, en relación con las actuaciones del Estado. Perceptibles son las ideas de *neutralidad* y *fungibilidad* de los fines fundacionales y la consideración de las fundaciones como técnica jurídica utilizable para fines absolutamente heterogéneos.

Pensemos en las denominadas «Fundaciones Comarcales», en Galicia, por ejemplo, mejoran la calidad del comercio, promocionan productos autóctonos, en suma, incentivan la participación de los sectores y agentes económicos y sociales²⁶.

Incluso creo que se hace uso abusivo del término o expresión «fundación»²⁷. Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de mayo de

²⁶ Un ejemplo: por Orden de 20 de diciembre de 1994 se clasifica como mixta la Fundación para el Desarrollo de la Comarca *Terra Chá* y por Orden de 29 de diciembre de 1994 se declara de interés gallego la Fundación para el Desarrollo de la Comarca de *Terra Chá* y se ordena su inscripción en el Registro de Fundaciones, sección de la Consellería de la Presidencia y Administración Pública.

²⁷ La STS de 12 de abril de 1995 (RJA, 2936) recuerda: «[...] lo característico o elemento definidor de las fundaciones (artículo 35 del Código Civil) es la de ser un patrimonio que por voluntad de su fundador está afectado al cumplimiento de un fin público, pudiéndose afirmar que la Fundación es un patrimonio al que se le dota de personalidad jurídica, un patrimonio, en este caso, privado así como los beneficios o prestaciones que concede la Fundación a cargo exclusivo de ese patrimonio. No concede pensiones públicas sino beneficios con el fin de complementar (que no 'completar') las prestaciones públicas con cargo a los fondos públicos». En esta STS de 1995 se analiza la *naturaleza jurídica de una fundación*: la «Fundación Laboral Benito Cid» –que nace de convenio suscrito entre mercantil «Butano SA» y sus trabajadores. Así las cosas llega a la conclusión de que la fundación «Benito Cid» no reúne las condiciones ni características exigidas por el art. 2.º del Real Decreto 2566/1985, de 27 de diciembre para su inclusión en el Banco de Pensiones Públicas–.

1999 (RJA, 3369), se refiere a «fundación de carácter peculiar», al analizar la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro, reconoce el predominio de su carácter de entidad de crédito, aclara la limitación del patronazgo a la función benéfico social que desarrolla y reconoce su plena capacidad jurídica para los actos relativos a su tráfico mercantil y para su actuación procesal. Dice, además, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de marzo de 1988 (RTC 1998, 49): «[...] sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, *fundaciones de carácter muy peculiar* en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual [...] la transformación sufrida por las *Cajas* no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido de la doctrina generalmente admitida, y con ella el art. 34 de la Constitución, da a ese concepto»²⁸.

Las fundaciones también pueden satisfacer las funciones que cumple el trust. Recordemos la relación entre el fideicomiso, el trust y las fundaciones, así, la STS de 3 de noviembre de 1998 (RJA, 9839) se refiere a: «[...] la representación de los 'fundadores o sostenedores' que, en todo caso, se atribuye al Ayuntamiento de Bilbao responde según el Reglamento a la 'noción fideicomisaria' respecto a la voluntad fundadora [...]» –se refiere al Reglamento de 11 de mayo de 1897 de la Casa de Misericordia (Bilbao)–.

La utilización de la persona jurídica tipo fundación se aprecia en un ejemplo reciente: la gestión sanitaria. De este modo, manteniendo el carácter y esencia de servicio público de los centros y servicios sanitarios que se han de gestionar, el Real Decreto de 14 de enero de 2000 enumera y desarrolla, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, las nuevas formas de gestión sanitaria estableciendo como tales las fundaciones de la Ley 30/1994, de 20 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, los consorcios y las sociedades estatales, todas ellas refrendadas

En el Alto Tribunal se han estudiado supuestos relacionados con las «*Fundaciones Públicas*», por ejemplo: STS de 26 de enero de 1994 (RJA, 458), se refiere a la continuación de las obligaciones laborales por subrogación en caso de sucesión de empresa y se plantea como un derecho subjetivo de los trabajadores, que no puede ser disminuido ni condicionado por un acto administrativo, subrogándose un ente local. Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Los tipos de Entes Públicos en el Derecho Español», *Estudios en Homenaje DE CASTRO*, t. I, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 639-686.

²⁸ En relación con estas cuestiones que estudio, la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, Disposición adicional tercera, se refiere a las «Fundaciones de la obra benéfico-social de las cajas de ahorros con domicilio social en la Comunidad Valenciana».

en la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, así como las fundaciones públicas sanitarias reguladas por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social –art. 111–. Merece especial mención el Real Decreto de 14 de enero de 2000, en concreto, el Capítulo III: *Disposiciones específicas de las nuevas formas de gestión*, Sección 1.ª (arts. 38-45): *De las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994*. Adviértase que tendrán la consideración de fundaciones, en el ámbito del citado Real Decreto, las organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el Instituto Nacional de la Salud, que destinen un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria.

5. A modo de conclusión

He defendido la neutralidad y *fungibilidad* de los fines de las personas jurídicas. Pues bien, un objetivo de estudio será el determinar, aquí y ahora, a la vista de la Constitución Española, la admisibilidad de que unas instituciones que han sido calificadas tradicionalmente de *no lucrativas* actúen eficazmente en el orden económico. Por todo, se hace necesario un replanteamiento de esta persona jurídica, la Fundación, máxime cuando se trata de un tema tan delicado como lo es el de la Fundación-Empresa, de enormes repercusiones civiles y mercantiles, sin perjuicio de la trascendencia en el orden laboral, que hace necesaria la puesta en escena de algunos preceptos constitucionales y, siguiendo estos principios, replantearnos su armonización, de manera tal que sirvan para defender nuestras propuestas. Me refiero, sobre todo: al reconocimiento del derecho de fundación, art. 34 CE, la libertad de empresa, art. 38 CE y la conjugación o cohesión de ambos con la función social de la propiedad, art. 33 CE. Las leyes de fundaciones se refieren a estos intereses sociales. Obsérvese lo que se afirma en el Preámbulo de la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana: «[...] en esta Ley las fundaciones se sitúan y entienden no en la alternativa entre administración o sociedad, sino más bien como instrumento privado, surgido en la esfera de la libertad, para cumplir con protección de la administración fines a los que ésta por sí sola no puede atender y que encajan en el ámbito de la función social de la propiedad [...]». Sin perjuicio de recordar que ya la Ley 30/1994, de Fundaciones señala entre las necesidades que son atendidas por esa Ley: «[...] dotar al campo de las actuaciones altruistas de una base jurídica fomentadora y ajustada a la actual demanda que la so-

ciudad presenta». La Compilación navarra en su Ley 44 se refiere, también, a las fundaciones de «interés social evidente».

La problemática se completa con la cuestión de características constitucionales, también, de si la defensa de esa neutralidad de los fines fundacionales encaja en el respeto al «contenido esencial» de los derechos, como el de fundación, art. 34 CE. Contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE. Y es que la concepción tradicional de las fundaciones es la de instituciones sin *animus lucrandi*. La garantía de *instituto* que les confiere el art. 34 CE debe ser tenida en cuenta. Considera el Tribunal Constitucional que la *garantía institucional* supone la voluntad del constituyente de preservar una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar (STC 32/1981, de 28 de julio)²⁹. Claro que todo esto deberá estar matizado con una interpretación sociológica, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [las normas]» y una interpretación finalista o teleológica: «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad [de las normas]», como manda el art. 3.1 del Código Civil.

De estas consideraciones se deduce la capacidad de las fundaciones para fines diversos, sin acotar *in extremis* su competencia, por ejemplo a la realización de actividades de «beneficencia», en caso contrario nos arriesgamos a hacer realidad la cáustica frase de Bernard Shaw cuando, refiriéndose a los negros, decía a los americanos: «Les obligáis a limpiar zapatos y luego decís que sólo sirven para limpiar zapatos».

Recordemos el interés en los postulados de la *nueva economía*. Las economías europeas demandan que las instituciones y los gobiernos sean más activos. La *neutralidad de los fines de las fundaciones* y de las personas jurídicas, en general, contribuirá a la consecución de esas «instituciones más activas». Como señalaba DE CASTRO³⁰: «La persona jurídica, o

²⁹ Se utiliza el término «garantía institucional» de acuerdo con la sistematización llevada a cabo por C. SCHMITT: «*Verfassungslehre*», 1928, pp. 170 y ss. *Vid.*, en relación con esta cuestión: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Constitución, fundaciones y sociedad civil», artículo publicado en el libro: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 356-358. Este mismo artículo aparece publicado en la *Revista de Administración Pública*, n.º 122, 1990, pp. 235-256. También, *vid.*: PIÑAR MAÑAS, José Luis: *Régimen Jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992, pp. 10 y 11.

Francisco RUBIO LLORENTE, en la obra *Presente y futuro de las fundaciones* –coordinada por DE LORENZO GARCÍA y CABRA DE LUNA, Madrid, Civitas, 1990, p. 246– manifiesta: «[...] el art. 34 CE –derecho de fundación– si es algo es una garantía de instituto [...]». Todo sin perjuicio de reconocer que el derecho de fundación es concepto delimitado por la doctrina y jurisprudencia (*vid.*: STC 49/1988).

³⁰ *Vid.*: DE CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, Marisal, 1972, p. 67.

persona moral, o persona mística, o persona social, que con todos esos nombres se la denomina, constituye hoy uno de los grandes tópicos de la ciencia jurídica. Quizás ninguna otra figura ha originado tantas teorías y suscitado discusiones de tal entidad, ante tribunales nacionales e internacionales. Esta exacerbación de una cuestión jurídica, para revestir de aparato científico y para disimular ideologías políticas, o bien ponerla al servicio de poderosos intereses económicos». 

RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUNDACIONES Y DEL MECENAZGO

Consuelo Castro Rey

Jefe Asesoría Jurídica Agencia Tributaria
A Coruña

Nociones básicas sobre el concepto y el régimen jurídico de las Fundaciones

La fundación puede definirse como una organización dotada de personalidad jurídica, cuyo patrimonio está afectado al cumplimiento del fin de interés general que haya determinado el fundador.

De acuerdo con este concepto, son características definitorias de la fundación las siguientes:

a) A diferencia de las personas jurídicas de base asociativa (asociaciones, sociedades...), el *sustrato* de la fundación no está constituido por personas físicas, sino por un *patrimonio*. Así, tradicionalmente se ha definido la fundación como un patrimonio con personalidad jurídica vinculado a un fin.

b) La fundación es una *persona jurídica*. Respecto del momento en que la fundación adquiere personalidad existen dos sistemas posibles: 1) la personalidad nace cuando se constituye la fundación mediante la celebración del negocio jurídico fundacional; 2) la personalidad nace cuando se produce un acto administrativo de reconocimiento. El ordenamiento español adopta el segundo sistema, estableciendo el artículo 3 de la Ley de Fundaciones que «las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones».

c) La fundación sólo puede constituirse para cumplir *finés de interés general*. Así se establece en la Constitución, cuyo artículo 34 reconoce el derecho de fundación para fines de interés general; en el Código Civil, que incluye entre las personas jurídicas a las fundaciones de interés público reconocidas por la ley (artículo 35); y en la Ley de Fundaciones (artículo 1). De este modo, nuestro Derecho no admite las fundaciones que persigan la satisfacción de intereses particulares, ni las que se constituyan para fines que no se estimen de interés para la comunidad social. El fundamento de tal prohibición está en que se considera indeseable la existencia de patrimonios vinculados, sustraídos al tráfico jurídico y económico.

d) Es la voluntad del fundador la que determina la creación y los fines de la fundación.

Otros elementos del régimen jurídico de las fundaciones:

- La representación y administración de la fundación corresponde a un órgano denominado patronato, que ha de estar integrado por un mínimo de tres personas.
- Aunque la fundación es una persona jurídica privada, está sometida a un régimen de intervención y fiscalización administrativas, a través de la institución del Protectorado.

Legislación vigente

Sustantiva:

■ Estatal:

■ Constitución Española (artículo 34).

■ Código Civil (artículos 35 a 41).

■ Título I de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (LF).

■ Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (RFCE).

■ Autonómica de Galicia:

■ Ley 7/1983, de 22 de junio, sobre régimen de las fundaciones de interés gallego, modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre.

■ Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del protectorado.

■ Fiscal (aplicable a las fundaciones de competencia estatal y autonómica):

■ Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre.

- Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (RDIF).
- Leyes reguladoras de los diversos tributos.

Esquema de la exposición

1) Régimen fiscal de las fundaciones:

- En el Impuesto sobre Sociedades.
- En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- En el Impuesto sobre el Valor Añadido.
- En los tributos locales.

2) Régimen fiscal de las aportaciones a fundaciones y de otras actuaciones de mecenazgo.

Régimen fiscal de las fundaciones

Como premisa general, hay que señalar que en todos los tributos las fundaciones disfrutan de un régimen fiscal privilegiado, que se justifica por el interés del Estado en fomentar y proteger la contribución de los ciudadanos al logro de finalidades de interés general.

Las fundaciones en el Impuesto sobre Sociedades

La fundación, en cuanto persona jurídica, es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

Si bien un sector de la doctrina aboga por la no sujeción de las fundaciones a dicho impuesto, en nuestro ordenamiento jurídico el trato fiscal privilegiado que se dispensa a las fundaciones se concreta en un sistema de sujeción, pero con determinadas exenciones y reducciones, así como un tipo impositivo inferior al general.

Existen dos regímenes distintos de tributación de las fundaciones en el Impuesto sobre Sociedades:

- Uno de mayor privilegio, reservado a las fundaciones que cumplan determinados requisitos, y que está regulado en la Ley 30/1994 (en adelante, LF).
- Otro de menor privilegio, para las fundaciones que no cumplan aquellos requisitos, y que está regulado en los artículos 133 a 135 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Régimen fiscal de la Ley 30/1994

Ámbito de aplicación.

Es de aplicación a las siguientes entidades, cuando cumplan los requisitos que después veremos:

- Fundaciones inscritas en el Registro correspondiente.
- Asociaciones declaradas de utilidad pública.

Las fundaciones extranjeras inscritas sólo podrán disfrutar de este régimen fiscal por la actividad de su delegación en España.

También es de aplicación a:

- La Cruz Roja Española.
- La ONCE.
- La Iglesia Católica y las iglesias o comunidades religiosas que tengan acuerdos de cooperación con el Estado español.
- Las federaciones deportivas y el Comité Olímpico Español.
- Las federaciones y asociaciones de entidades que disfruten de este régimen, cuando cumplan los requisitos para ello, tanto las federaciones o asociaciones como las entidades integradas en ellas.

Requisitos para disfrutar del régimen fiscal de la Ley 30/1994

1) Perseguir fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga.

Este es un requisito que la LF exige a todas las fundaciones (artículo 2), por lo que cualquier fundación inscrita debe cumplirlo.

Dado que la concurrencia del mismo ya tuvo que ser comprobada por el Protectorado, no parece que la Administración Tributaria pueda entrar en un nuevo examen de la cuestión.

2) Destinar a la realización de sus fines al menos el 70% de sus ingresos y rendimientos netos, en el plazo de tres años desde el momento de su obtención.

También se trata de una obligación que la LF impone a todas las fundaciones (artículo 25).

Base sobre la que se aplica el porcentaje:

- No se incluyen las aportaciones a la dotación
- En cuanto al resto de los ingresos, el porcentaje se aplica sobre los ingresos netos, es decir, con deducción de los gastos necesarios para su obtención y de los impuestos (artículo 14.1 del RFCE).

Cómputo del plazo de los tres años:

- Se computa por ejercicios, iniciándose desde el siguiente al en que se hayan obtenido los ingresos o rentas (artículo 14.2 RFCE).
- Los ingresos o rentas se entienden obtenidos en el momento de su cobro efectivo por la fundación (criterio de caja y no de devengo).

3) Rendir cuentas anualmente al Protectorado.

También es una obligación de todas las fundaciones (artículo 23 de la LF).

Aunque nada dice la Ley, parece lógico interpretar que la rendición de cuentas habrá de hacerse en tiempo y forma, y que las mismas deben ser «aprobadas» por el Protectorado.

4) Aplicar su patrimonio, en caso de disolución, a la realización de fines de interés general análogos a los realizados por la fundación.

El artículo 31.2 de la Ley 30/94 regula el destino que ha de darse al patrimonio resultante de la liquidación de la fundación.

Dicho precepto suscita la cuestión polémica de si es o no admisible que en el negocio fundacional se prevea la reversión al fundador o a su familia de los bienes aportados a la fundación.

A diferencia de algunas leyes autonómicas (p. ej. la de la Comunidad de Madrid, que admite dicha posibilidad), la LF no contiene ninguna previsión al respecto.

Pero cualquiera que sea la solución que se adopte en el Derecho sustantivo, parece que para disfrutar del régimen fiscal previsto en la Ley es preciso que no exista cláusula de reversión.

5) Gratuidad del cargo de patrono.

Se trata también de una obligación exigible a todas las fundaciones (artículo 13.4 de la LF), sin perjuicio del derecho de los patronos a ser reembolsados de los gastos que les ocasione el desempeño de su función.

Además, el artículo 26 LF permite la autocontratación, es decir, que los patronos contraten con la fundación (obviamente, no para el desempeño del cargo de patrono), previa autorización del Protectorado.

La existencia de tales contratos no es un obstáculo para el disfrute del régimen fiscal de la LF, como señala la Dirección General de Tributos en Resoluciones de 15-2-2000 y 28-3-2000.

Ahora bien, para beneficiarse de dicho régimen fiscal es necesario, además de que el cargo de patrono sea gratuito, que los patronos carezcan de interés económico en los resultados de la actividad, y ese interés económico puede producirse en algunos supuestos de autocontratación. Así, por ejemplo, lo consideró la Dirección General de Tributos en una

Resolución de 27-3-1996, en referencia a un caso en que la fundación contrató, para la prestación de los servicios propios de la misma, a una sociedad formada por los patronos.

6) Requisito adicional para las fundaciones que tengan participación mayoritaria en sociedades mercantiles.

El artículo 22.3 de la LF permite que las fundaciones participen mayoritariamente en sociedades no personalistas, dando cuenta al Protectorado.

Se consideran participaciones mayoritarias las que representen más del 50% del capital social o de los derechos de voto (artículos 1 del RDIF y 9.3 del RFCE).

Estas fundaciones, para disfrutar del régimen fiscal de la LF, deberán acreditar ante el Ministerio de Hacienda, a través del Protectorado, los siguientes extremos:

- La existencia de las participaciones.
- Que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines fundacionales.
- Que la participación mayoritaria no supone vulneración de los principios fundamentales de actuación de las fundaciones.

Según el artículo 1.5 del RDIF, se entenderá que no se cumplen los dos últimos requisitos en los siguientes casos:

- Cuando la actividad de la sociedad participada no guarde relación, directa ni indirectamente, con el fin de la fundación. Se admite como relación indirecta la de contribuir económicamente a la realización de los fines fundacionales.
- Cuando la actividad principal de la fundación sea la tenencia o gestión de las empresas participadas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16-9-1998, ha señalado que el requisito de que la titularidad de las participaciones coadyuve al cumplimiento de los fines fundacionales se cumple cuando, por las reglas de los estatutos, esté asegurado que los rendimientos de dichas participaciones sólo puedan destinarse a las finalidades propias de la fundación, sin que sea exigible probar que efectivamente se han repartido dividendos.

En sentido diferente el TEAC, en resolución de 8-6-2000, consideró incumplido el requisito porque la empresa participada estaba en suspensión de pagos y no podía contribuir económicamente a la realización de los fines de la fundación.

El procedimiento para la acreditación de estos requisitos se regula en el artículo 1 del RDIF.

■ *Requisitos formales para la aplicación del régimen fiscal*

El derecho a disfrutar del régimen fiscal regulado en la LF está atribuido por la Ley y no precisa un acto administrativo de concesión u otorgamiento.

No obstante, la LF establece (artículo 49) un mecanismo administrativo de comprobación de que concurren los requisitos habilitantes para el disfrute de dicho régimen.

Así, se impone la obligación de efectuar una comunicación a la Administración Tributaria en la que se acredite la concurrencia de dichos requisitos.

El procedimiento para la acreditación está regulado en el artículo 2 del RDIF, exigiéndose la presentación de los siguientes documentos:

- Certificación del Protectorado expresiva de que la fundación está inscrita en el Registro correspondiente.
- Memoria en la que se detalle el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LF o, en su caso, la forma en que van a cumplirse.

■ *Eficacia temporal de los beneficios fiscales*

Regla general: Los beneficios fiscales son aplicables a partir de la comunicación a la Administración Tributaria.

Si entre dicha comunicación y la inscripción de la fundación en el Registro no hubieran transcurrido más de tres meses, los beneficios se retrotraerán a la fecha de la solicitud de inscripción.

Además, si entre la constitución de la fundación y la solicitud de inscripción de la misma no hubiera transcurrido más de un mes, la retroacción alcanza a la fecha de la constitución.

Por último, las fechas indicadas deben ponerse en relación con la fecha de devengo del impuesto (el último día del período impositivo). Así, si en la fecha del devengo del Impuesto sobre Sociedades se ha realizado la comunicación (o, en su caso, se ha verificado la inscripción en el Registro o se ha constituido la fundación), los beneficios fiscales se aplican a todo el período impositivo.

■ *Pérdida de los beneficios fiscales*

El derecho a la aplicación del régimen fiscal de la LF se pierde cuando la fundación deja de cumplir alguno de los requisitos que hemos expuesto.

Igual que la aplicación del régimen fiscal no precisa un acto administrativo de concesión, tampoco la pérdida del derecho a aplicarlo precisa un acto administrativo que así lo declare.

Por lo tanto, en el momento en que la fundación deje de cumplir alguno de los requisitos, pierde automáticamente el derecho a disfrutar de

los beneficios fiscales en el período impositivo en que dicho incumplimiento se produzca.

En definitiva:

a) La pérdida es automática: ha de ser la propia fundación la que deje de aplicarse los beneficios fiscales, sin que medie ningún acto administrativo que declare dicha pérdida. En caso de no hacerlo, incurrirá en la infracción grave consistente en «disfrutar u obtener indebidamente beneficios fiscales, exenciones, desgravaciones o devoluciones» (artículo 79 c) de la Ley General Tributaria).

b) La pérdida se produce para el período impositivo en el que los requisitos no se cumplan: así, es posible que la fundación incumpla en uno o varios ejercicios y vuelva a cumplir en los sucesivos, en cuyo caso parece que podrá volver a aplicarse el régimen fiscal sin necesidad de nueva comunicación a la Administración Tributaria.

c) En el caso de incumplimiento de los requisitos por parte de la fundación, parece que también quienes hayan efectuado aportaciones a la fundación perderán los beneficios fiscales que les corresponden, toda vez que la LF se refiere a la «pérdida de los beneficios fiscales establecidos en el presente Título», lo que comprende también los de los aportantes.

■ *Régimen fiscal*

Como antes se ha indicado, el régimen fiscal especial de la LF comprende un conjunto de exenciones y reducciones, así como un tipo impositivo privilegiado.

Conforme a la regulación de la LF hay que distinguir tres clases de rendimientos:

- 1) Rendimientos (e incrementos de patrimonio) exentos automáticamente por disposición de la Ley.
- 2) Rendimientos exentos previa concesión administrativa de la exención.
- 3) Rendimientos (e incrementos de patrimonio) gravados o no exentos.

1) Rendimientos e incrementos de patrimonio exentos automáticamente por disposición de la Ley.

Son los siguientes:

■ Los rendimientos obtenidos por la realización de las actividades que constituyen la finalidad específica de la fundación, siempre que dichas actividades no se realicen mediante una explotación económica.

■ Incrementos de patrimonio derivados de adquisiciones o transmisiones a título gratuito, siempre que tales adquisiciones o transmisiones se realicen en cumplimiento de la finalidad específica de la fundación.

Cuando las actividades que constituyen la finalidad específica de la fundación se realizan a través de una explotación económica, a los rendimientos obtenidos con ellas se les aplica la exención que requiere un acto administrativo de otorgamiento.

Por ello, es preciso determinar cuándo las actividades que constituyen la finalidad específica de la fundación se realizan mediante una explotación económica y cuándo no, pues en el primer caso se aplica la exención automática y en el segundo la exención rogada.

Para esta determinación debe acudirse a la definición legal de explotación económica, contenida en el artículo 134.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Conforme a dicha definición, existe una explotación económica cuando concurren los siguientes elementos:

- Utilización de capital y/o trabajo.
- Actuación por cuenta propia.
- Realización de una actividad de producción o distribución de bienes o servicios.

Con esta definición es obvio que prácticamente cualquier actividad que pueda desarrollar una fundación en cumplimiento de sus fines y que le reporte rendimientos constituye una explotación económica.

De ahí que los rendimientos que obtenga una fundación por la realización de actividades que constituyan su fin específico se encuadren, casi en todo caso, en el ámbito de la exención rogada y no en el de la exención automática.

En realidad, a efectos prácticos, cabe afirmar que los rendimientos exentos por disposición legal son los que cita el artículo 49 de la LF, en una enumeración que complementa la cláusula general contenida en el artículo anterior. Se trata, concretamente, de los siguientes:

- Subvenciones obtenidas del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y otros organismos o entes públicos, siempre que se apliquen a los fines de la fundación.
- Los derivados de adquisiciones a título gratuito para colaborar en los fines de la fundación.
- Los obtenidos por medio de los convenios de colaboración contemplados en la LF, que trataremos más adelante.

2) Rendimientos exentos previa concesión administrativa de la exención.

Son los obtenidos en el ejercicio de una explotación económica, cuando dicha explotación coincida con la finalidad específica de la fundación.

Se considera que una explotación económica coincide con los fines específicos de la fundación cuando en ella concurren los siguientes requisitos:

■ *Las actividades que en ella se realizan persiguen el cumplimiento de los fines fundacionales.*

También se entiende que coinciden con el fin de la fundación las actividades accesorias o subordinadas, vinculadas a la realización de la actividad principal (artículo 3.3 RDIF).

Por el contrario, no existe tal coincidencia en las actividades que simplemente generen rendimientos que se destinen al cumplimiento de los fines fundacionales (Resoluciones del TEAC de 22-3-2000, 12-3-1999, 18-11-1998, 5-11-1998, 10-6-1998 y 28-4-1998).

■ *El disfrute de la exención no produce distorsiones en la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad.*

La redacción inicial del artículo 48.2 de la LF exigía que «las actividades...no generen competencia desleal».

Dicha redacción suscitó la duda de si el concepto de competencia desleal debía ser el que establece el artículo 5 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que la define como «toda competencia que resulte objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe», tipificando además una serie de conductas concretas constitutivas de competencia desleal.

La Administración Tributaria (Resolución de 21-6-1997) consideró que la expresión «competencia desleal» había de entenderse en su acepción usual, y no técnica, y que existe competencia desleal cuando, atendiendo al sistema de precios, al volumen de ingresos y al grado de satisfacción de la demanda en el mercado, se considere que la concesión de beneficios fiscales introduce un factor injustificado de discriminación en relación con otras entidades del mismo sector económico.

Esta discrepancia interpretativa dio lugar a la modificación del artículo 48.2 de la LF por la Ley 55/1999, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que adoptó el criterio de la Agencia Tributaria.

■ *Sus destinatarios son colectividades genéricas de personas.*

El artículo 2.2 de la LF dispone que la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas.

Por lo tanto, si la explotación económica ha de coincidir con el fin de la fundación (requisito primero), parece claro que siempre se cumplirá este requisito.

Únicamente cabe añadir que, considerándose coincidentes con el fin fundacional las actividades subordinadas y accesorias de la principal, también éstas deberán destinarse a colectividades genéricas de personas para que pueda aplicárseles la exención.

3) Rendimientos e incrementos de patrimonio gravados (no exentos).

Son los siguientes:

■ Rendimientos de explotaciones económicas que no coincidan con

los fines fundacionales (y de las que coincidan con dichos fines, si no se ha solicitado la exención).

- Rendimientos de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

- Incrementos de patrimonio no exentos.

Vamos a examinar cada uno de estos supuestos.

- *Rendimientos de explotaciones económicas que no coincidan con los fines fundacionales*

Remisión a lo expuesto con anterioridad.

- *Rendimientos de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.*

Comprenden los rendimientos del capital mobiliario, del capital inmobiliario, y de otros derechos de los que pueda ser titular la fundación (derechos de propiedad industrial, intelectual etc.).

En relación con estos rendimientos, la LF (artículo 50) autoriza una serie de reducciones en la base imponible:

- Respecto de los rendimientos del capital inmobiliario: el 100% de los rendimientos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles.

- Respecto de los rendimientos del capital mobiliario: el 30% de los intereses, explícitos o implícitos, derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

Son intereses explícitos los derivados de depósitos bancarios o de la tenencia de títulos de renta fija. E intereses implícitos los que se obtienen de efectos emitidos al descuento (es decir, efectos que se adquieren por su valor nominal menos el descuento, cobrándose, al vencimiento del título, el valor nominal).

Con la referencia a los intereses implícitos obtenidos por la cesión de capitales, la LF pone fin a una larga polémica acerca de la exención o no de los rendimientos de las Letras del Tesoro en el régimen del artículo 5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978.

En cuanto a los dividendos, es de aplicación la deducción en la cuota que contempla la Ley del Impuesto sobre Sociedades para evitar la doble imposición de dividendos.

Es condición para practicar las mencionadas reducciones que los rendimientos en cuestión se destinen en el plazo de un año a partir de su obtención a la realización de los fines fundacionales.

Dicho plazo se computa por ejercicios, iniciándose en el siguiente a aquél en el que se hayan obtenido los rendimientos. Además, los rendimientos se entienden obtenidos en el momento de su cobro efectivo (criterio de caja) (artículo 14.2 del RFCE).

■ *Incrementos de patrimonio no exentos.*

Son los siguientes:

- Los derivados de adquisiciones o transmisiones a título gratuito no realizadas en cumplimiento de su finalidad específica.
- Los derivados de transmisiones a título oneroso, salvo que se reinviertan en la forma y plazo que después veremos.
- Las disminuciones de patrimonio.

Exención por reinversión: Los incrementos de patrimonio derivados de transmisiones a título oneroso de elementos patrimoniales del inmovilizado material o inmaterial, y de participaciones iguales o superiores al 5% del capital de otras entidades, estarán exentos cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que se hayan poseído con al menos un año de antelación.
- Que el total producto se invierta en bienes afectos a las actividades exentas.
- Que las nuevas inversiones se realicen en un determinado plazo y se mantengan en el patrimonio de la entidad durante un determinado período de tiempo (artículo 52 de la LF).

Si la inversión se hace en bienes no afectos a las actividades exentas, la fundación podrá acogerse al régimen de diferimiento regulado en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (artículo 21).

■ *Determinación de la base imponible*

La base imponible del Impuesto está formada por la suma de los rendimientos netos gravados.

Consecuencia de la existencia de determinados rendimientos exentos es la no deducibilidad de los gastos realizados para la obtención de dichos rendimientos, y ello por cuanto los dos componentes de la renta (el ingreso y el gasto) han de seguir el mismo tratamiento.

Así, para determinar la base imponible no se podrán deducir las siguientes partidas (artículo 51 de la LF):

- Gastos imputables, directa o indirectamente, a las operaciones exentas.
- Cantidades destinadas a la amortización de elementos patrimoniales afectos a las actividades exentas.
- Excedentes («beneficios») que se destinen a la realización de actividades exentas.

■ *Tipo impositivo*

Es el 10%, frente al tipo general del Impuesto sobre Sociedades, que es el 35%.

La aplicación del tipo impositivo a la base imponible da como resultado la cuota íntegra. Sobre ésta podrán practicarse las deducciones y bonificaciones previstas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Sobre la cuota líquida resultante, la LF contempla una reducción de 200.000 pesetas, que podrán aplicar aquellas fundaciones que realicen exclusivamente prestaciones gratuitas.

■ *Obligaciones formales*

Las fundaciones están obligadas a incluir en su declaración la totalidad de las rentas que obtengan, tanto las exentas como las gravadas.

Régimen fiscal de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

Es de aplicación a aquellas fundaciones que no cumplan los requisitos necesarios para disfrutar del régimen fiscal de la LF.

Está regulado en los artículos 133 a 135 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Sus diferencias con el régimen fiscal de la LF son básicamente las siguientes:

■ En cuanto a la base imponible.- 1) los rendimientos de una explotación económica están siempre gravados aunque coincidan con los fines de la entidad; 2) no existen reducciones aplicables a los rendimientos de capital mobiliario e inmobiliario; 3) sólo cabe la exención por reinversión de los incrementos de patrimonio cuando los bienes transmitidos estuvieran previamente afectos al fin fundacional.

■ En cuanto al tipo impositivo: Es el 25%.

■ En cuanto a la cuota: No existe reducción por la realización exclusiva de prestaciones gratuitas.

Las fundaciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Según el artículo 45.1.A.b) del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto, gozarán de exención subjetiva en el mismo «los establecimientos o fundaciones benéficos o culturales, de previsión social, docentes o de fines científicos, de carácter particular, debidamente clasificados, siempre que los cargos de patronos o representantes legales de los mismos sean gratuitos y rindan cuentas a la Administración».

Debe ponerse de manifiesto la falta de congruencia del precepto transcrito con la legislación vigente en materia de fundaciones, tanto en

lo que respecta a los fines que las mismas pueden perseguir, como en lo relativo al requisito de la clasificación, desaparecido de nuestro ordenamiento.

La exención tiene carácter rogado, es decir, debe ser solicitada y reconocida por la Administración.

El procedimiento para obtenerla se regula en el artículo 89 del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

Las fundaciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido

La Ley 37/1992, Reguladora del IVA no establece una exención subjetiva para las fundaciones, sino determinadas exenciones por razón de la naturaleza del hecho imponible (es decir, del tipo de entregas de bienes o de prestaciones de servicios), si bien en algunos casos se trata de exenciones mixtas, en las que también se toma en consideración la naturaleza del sujeto que realiza la entrega o prestación.

Por otra parte, algunas de estas exenciones son rogadas y otras automáticas.

El artículo 20 de la Ley enumera las exenciones en operaciones interiores, entre las que se encuentran las que pueden afectar a las fundaciones.

A título de ejemplo pueden citarse las siguientes:

- La prestación de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria (1º).
- Las prestaciones de servicios de asistencia social (8º).
- La educación de la infancia y la juventud, la guarda y custodia de niño, la enseñanza y la formación y reciclaje profesional (9º).
- Los servicios prestados a personas físicas que practiquen el deporte o la educación física (13).
- Las prestaciones de determinados servicios por entidades o establecimientos culturales privados de carácter social (14).

Las fundaciones en los tributos locales

1) *Impuesto sobre Bienes Inmuebles.* (artículo 58.1 de la LF).

Gozan de exención los bienes de los que sean titulares (en los términos del artículo 65 de la Ley de Haciendas Locales) las fundaciones que cumplan los requisitos exigidos en los artículos 42 y 43 de la LF (antes examinados), siempre que:

- Dichos bienes no estén cedidos a terceros mediante contraprestación.

- Estén afectos a las actividades que constituyan el fin específico de la fundación.

- No se utilicen principalmente en el desarrollo de explotaciones económicas que no constituyan el fin específico de la fundación.

Se trata de una exención rogada.

El procedimiento para su concesión está regulado en el artículo 4 del RDIF.

2) *Impuesto de Actividades Económicas* (artículo 58.2 de la LF).

Las fundaciones que cumplan los mismos requisitos están exentas del Impuesto por las actividades que constituyen su finalidad específica.

Se trata igualmente de una exención rogada, cuyo procedimiento de concesión se regula en el artículo 4 del RDIF.

3) *Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de naturaleza Urbana*.

Según el artículo 106.2.c) de la Ley de Haciendas Locales, están exentos del Impuesto los incrementos de valor que constituyen el hecho imponible cuando la obligación de satisfacer el impuesto recaiga sobre «las instituciones que tengan la calificación de benéficas o benéfico-docentes».

Régimen fiscal de las aportaciones a fundaciones y de otras actuaciones de mecenazgo

Aun no coincidiendo con el alcance que la Exposición de Motivos de la LF da al concepto de mecenazgo, vamos a considerar comprendidas dentro del ámbito de esta figura todas aquellas modalidades de contribución privada a fines de interés general en las que no es exigible la permanencia o continuidad en la persecución del fin.

Incluiremos dentro de este concepto del mecenazgo las siguientes actuaciones:

- Aportaciones a fundaciones.
- Convenios de colaboración con fundaciones.
- Realización directa de actividades de interés general.

Todas estas formas de contribución a la consecución de fines de interés general reportan beneficios fiscales a quienes las llevan a cabo.

Aportaciones a fundaciones

Los beneficios fiscales aplicables a los aportantes se regulan en los artículos 59 a 67 de la LF.

1) *Elementos personales*

Aportantes: Pueden efectuar aportaciones las personas físicas y las personas jurídicas.

Destinatarios: Pueden serlo las fundaciones inscritas en el Registro correspondiente y las asociaciones declaradas de utilidad pública, siempre que cumplan los requisitos necesarios para disfrutar del régimen fiscal de la LF.

También podrán serlo las entidades enumeradas en las disposiciones adicionales 2^a, 6^a, 15^a, 16^a y 17^a de la LF.

2) *Elementos reales*

Sólo darán lugar al disfrute de los beneficios fiscales las aportaciones de los bienes y derechos que enumeran los artículos 59 y 63 LF con un sistema de «*numerus clausus*».

En todo caso, las aportaciones han de consistir en donaciones puras y simples.

Los bienes que enumeran los artículos 59 y 63 LF son los siguientes:

■ Bienes del Patrimonio Histórico Español, inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General que establece la Ley del Patrimonio Histórico Español.

■ Obras de arte de calidad garantizada. La suficiencia de la calidad de la obra se determinará por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación regulada en la Ley del Patrimonio Histórico Español.

■ Bienes que deban formar parte del activo de la fundación y que contribuyan a la realización de las actividades que lleven a cabo en cumplimiento de sus fines.

■ Cantidades de dinero para el cumplimiento de los fines de la fundación o para la conservación, reparación o restauración de los bienes señalados en el punto primero.

Una duda que ha suscitado la LF es la de si dan lugar al disfrute de estos beneficios fiscales las aportaciones iniciales a la dotación que efectúe el fundador, dado que cuando se realizan dichas aportaciones iniciales todavía no existe la persona jurídica fundacional y, por lo tanto, no se trata de aportaciones «a fundaciones inscritas en el Registro correspondiente».

La Dirección General de Tributos se ha pronunciado en favor de la aplicación del beneficio fiscal a este supuesto en Resoluciones de 26-12-1997 y 13-10-1999.

En cuanto a las aportaciones de bienes que deban formar parte del activo de la entidad donataria, hay que señalar que la redacción inicial de la LF se refería al activo «material» de la entidad. Tras la modificación operada por la Ley 55/1999 en la que se suprimió dicho término, los

beneficios fiscales pueden aplicarse a las aportaciones de acciones y otros títulos valores o de derechos como el usufructo (Resolución de la DGT de 24-2-2000).

Finalmente, no dan lugar a ningún beneficio fiscal las aportaciones de trabajo o servicios (DGT 5-3-1997, 23-12-1997 y 6-10-1999).

Los artículos 60 y 64 de la LF determinan la forma de calcular el valor de las aportaciones a los efectos de aplicar los beneficios fiscales.

3) Régimen fiscal de las aportaciones.

Los beneficios fiscales de que disfrutan los aportantes son dos:

- Deducción de un porcentaje del valor de la aportación.
- No sujeción del incremento de patrimonio que se ponga de manifiesto con la aportación.

En cuanto a la deducción, hay que distinguir dos supuestos:

- Aportación por personas físicas: Determina una deducción en la cuota del IRPF del 20% del valor de la aportación. La base de la deducción no podrá exceder del 10% de la base imponible.
- Aportación por personas jurídicas: Determina una deducción en la base del IS del 100% del valor de la aportación. La deducción no podrá exceder de los límites que señala el artículo 63 de la LF (determinados porcentajes de la base imponible previa a la deducción o, alternativamente, del volumen de ventas).

La diferencia entre los dos sistemas de deducción (deducción en la cuota para las personas físicas y deducción en la base para las personas jurídicas) obedece a que, siendo el IRPF un impuesto progresivo, la deducción por aplicación de rentas practicada sobre la base permitiría reducir la progresividad del impuesto.

Por último, si la entidad donataria no cumple los requisitos que exige la LF, las aportaciones de personas físicas sólo dan lugar a una deducción del 10% y únicamente en el caso de se trate de aportaciones de cantidad. En cuanto a las aportaciones de personas jurídicas, no dan lugar a ningún beneficio fiscal.

4) Elementos formales

Para tener derecho a las deducciones descritas, el aportante deberá acreditar la efectividad de la aportación mediante un certificado expedido por la entidad donataria, que contenga las menciones que establece el artículo 66 LF.

Asimismo, las entidades receptoras de donativos con derecho a deducción en el IRPF deberán presentar anualmente la declaración informativa de donaciones que establece el artículo 66.2 del Reglamento del IRPF.

5) *Programas prioritarios de mecenazgo.*

Según el artículo 67 LF, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año podrán (y así lo hacen) elevar en cinco puntos porcentuales como máximo los porcentajes de deducción y los de los límites a la deducción respecto de las actividades o programas de duración determinada que la propia Ley de Presupuestos determine.

Convenios de colaboración con fundaciones

Están regulados en el artículo 68 de la LF, que los define como aquellos por los cuales las fundaciones (y demás entidades sin fines lucrativos), a cambio de una ayuda económica para la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de sus fines, se comprometen por escrito a difundir la participación del colaborador en dicha actividad.

La figura del convenio de colaboración en actividades de interés general plantea problemas de diferenciación respecto de la del contrato de patrocinio, que se define en el artículo 24 de la Ley General de Publicidad como «aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador».

Sin embargo, a pesar de la semejanza conceptual entre ambas figuras, las consecuencias fiscales de una u otra son sustancialmente distintas. En efecto:

- En el convenio de colaboración las cantidades que recibe la fundación son rendimientos exentos en su IS (artículo 49.4 LF), mientras dichas cantidades sólo son parcialmente deducibles para el colaborador (artículo 68 LF).

- En el contrato de patrocinio las cantidades que percibe la fundación no son rendimientos exentos porque proceden de una explotación económica (de publicidad), y en cambio dichas cantidades son íntegramente deducibles como gastos publicitarios para el patrocinador.

De ello se desprende que, cuando se opta por la fórmula del convenio de colaboración, se hace en beneficio de la fundación y no del colaborador.

1) *Elementos personales*

La destinataria de las ayudas ha de ser una de las entidades no lucrativas que cumpla los requisitos necesarios para disfrutar del régimen fiscal de la LF.

Los colaboradores sólo pueden ser personas jurídicas o personas físicas que tengan la condición de empresarios o profesionales.

2) Elementos reales.

La colaboración ha de consistir en la entrega de una cantidad de dinero.

3) Régimen fiscal.

Las cantidades satisfechas son deducibles en la base imponible de la imposición personal del colaborador.

La deducción se practica sobre la base, tanto si el colaborador es una persona física (IRPF) como si es una persona jurídica (IS).

Las deducciones están sujetas a los límites que establece el artículo 68 LF.

Realización directa de actividades de interés general

Pueden disfrutar de este beneficio fiscal las personas jurídicas y las personas físicas que tengan la condición de empresarios o profesionales en régimen de estimación directa en el IRPF.

Las actuaciones que dan lugar al beneficio fiscal son las siguientes:

- Realización de actividades u organización de acontecimientos públicos, de tipo asistencial, educativo, cultural, científico, de investigación, deportivo, de promoción del voluntariado social o cualesquiera otros de interés general de naturaleza análoga.
- La realización de actividades de fomento y desarrollo de cine, teatro, música y danza, y la edición de libros, vídeos y fonogramas.

El beneficio fiscal consiste en la deducción de las cantidades empleadas, deducción que se practica sobre la base imponible del IS o del IRPF, y con los límites establecidos en el artículo 70 de la Ley. Los ingresos obtenidos por la realización de las actividades en cuestión, obviamente, se integran en la base imponible del correspondiente impuesto.

Para disfrutar de esta deducción se exige el requisito formal de cursar una comunicación a la Agencia Tributaria con el contenido y los documentos acreditativos que establecen los artículos 5 y 6 del RDIF. Dicha comunicación no excluye la posibilidad de una comprobación posterior por parte de la Administración tributaria. 



XURISPRUDENCIA

SOBRE OS EFECTOS DA SENTENCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 164/2001, DO 11 DE XULLO, NA LEXISLACIÓN URBANÍSTICA ESPAÑOLA

Almudena Fernández Carballal

Profesora axudante de dereito administrativo

Como fiel pasaxeira dunha longa viaxe que aínda non chegou ó seu punto de destino, non podo resistirme a manifesta-lo meu sincero asombro ante a resposta dada polo Tribunal Constitucional na Sentencia 164/2001, do 11 de xullo, ós recursos de inconstitucionalidade promovidos contra a Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións [en adiante, LRSV]¹.

A comparación resulta clara se recordámo-los distintos camiños, sendas e incluso atallos polos que se foi introducindo a lexislación urbanística española e tódolos que dalgunha forma nos embarcamos neste traxecto.

Por mor da sentenza obxecto deste comentario avécñase unha etapa tranquila, pero de necesaria reflexión polos que son directamente responsables de faceren efectivas as políticas urbanísticas en cada territorio autonómico e conforme a súa realidade social.

O Tribunal Constitucional é rotundo na súa exposición. Deixa fóra de toda dúbida o carácter concorrente da competencia en materia de urbanismo, insiste na tarefa de control abstracto que a este lle corresponde

¹ BOE núm. 1194, 14 agosto 2001.

e, asumindo, integramente, a doutrina que contén na antecesora Sentencia do 20 de marzo de 1997, emite o correspondente xuízo de constitucionalidade².

Dos trinta e oito preceptos impugnados, só os artigos 16.1 e 38 así como a disposición final única da LRSV nas súas referencias a aqueles, foron declarados inconstitucionais pola STC 164/2001 e, polo tanto, derogados.

Atopámonos diante dun fundamento que, lonxe de continua-lo fito devastador da STC 61/97 sobre o TRLS de 1992, non ten a penas consecuencias xurídicas desde un punto de vista estático. Deixando a un lado cuestións de oportunidade que deberá valorar cada lexislador autonómico e, polo tanto, considerar se o vixente marco estatal conforme a nova interpretación constitucional que fai a STC 164/2001 aconséllalle unha revisión da súa lexislación, desde a perspectiva da legalidade bastaría con comprobar ata qué punto os preceptos considerados como lexislación básica pola LRSV e declarados conforme a orde constitucional de distribución de competencias pola sentenza que agora se comenta, inflúen na súa normativa e obrigan a modificala ou, en todo caso, a interpretala de conformidade con aquela.

Os máis elementais principios de seguridade xurídica e de interese xeral reclaman unha resposta neste sentido. Unha hipotética reacción do lexislador estatal a esta nova sentenza en pouco ou nada vincularía as comunidades autónomas no exercicio da súa potestade lexislativa nesta materia.

Como resposta á tan adxectivada STC 61/1997, do 20 de marzo, o lexislador estatal dixo o que dixo, primeiro na LRSV e despois no artigo 1 do Real decreto-lei 4/2000, do 23 de xuño de medidas urxentes de liberalización no sector inmobiliario e nos transportes e no artigo 68 da Lei 55/1999, do 9 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social. Non considero que poida dicir máis.

Esta vez o TC ampara, case na súa totalidade, a dita regulación. Pero á vez, abre un amplo abano de posibilidades e interpretacións para que cada lexislador autonómico, respectando os presupostos básicos do réxime do solo e da xestión urbanística, adapte as súas propias políticas de ordenación da cidade ás técnicas xurídicas que considere máis adecuadas.

Para o TC existen unhas condicións básicas do exercicio da propiedade do solo ou orzamentos que garanten a «igualdade básica» no seu réxime urbanístico que só pode regula-lo lexislador estatal *ex art.* 149.1.1^a CE.

² STC 164/01 (FF.XX 3, 4 e 5).

Por suposto, o aproveitamento patrimonializable e a súa valoración³, a clasificación tripartita de solo con mero carácter instrumental⁴ e os seus correspondentes «estatutos xurídicos primarios»⁵ (dereito/deber de urbanizar e de edificar⁶ como único contido esencial –que non normaldo dereito de propiedade do solo), a participación da Administración nas plusvalías que xera a acción urbanística⁷, un sistema de planeamento urbanístico –independentemente da súa denominación e contido– como instrumento para facer efectivo o gozo e exercicio dos dereitos de propiedade⁸, un mandato de equidistribución de cargas e beneficios en cada actuación urbanística⁹, etc.

Así, por exemplo, en relación coa clasificación do solo urbano, as comunidades autónomas, ademais da súa competencia para establece-los criterios de distinción entre o consolidado e o non consolidado así como os criterios concretos de consolidación¹⁰, poderán, para os efectos da xestión ou da urbanización, superpoñerlle «á clasificación do solo como urbano outra clasificación distinta e adecuada ós fins urbanísticos de reforma interior ou de completa transformación do solo»¹¹ coa correspondente «definición ou conformación das facultades urbanísticas de propiedade»¹² nesas novas clases de solo.

«(...) para fins distintos da configuración das condicións básicas de exercicio da propiedade urbana», cada comunidade autónoma «poderá establecer outras clases de solo e, polo tanto outros criterios de clasificación»¹³.

Pero o mesmo ocorre en relación coa presunta residualidade do solo urbanizable diferido á custa do readicional solo non urbanizable ordinario. Dependerá, unicamente, da opción urbanística que adopte cada órgano competente e do seu modelo de ordenación da cidade¹⁴.

³ STC 164/01 (FX 5).

⁴ STC 164/01 (FX 12).

⁵ STC 164/01 (FFXX 13 e 14).

⁶ Sobre o deber de urbanización e o deber de edificación, como único contido básico do dereito de propiedade urbana, vid., respectivamente, os FFXX 9, par. 3º, 12 e 13 e o FX 20, par. 3º da STC 164/01.

⁷ STC 164/01 (FX 20, par. 3º).

⁸ STC 164/01 [FFXX 6,b), 8 e 10].

⁹ STC 164/01 (FFXX 10 e 23).

¹⁰ Sobre a distinción entre o solo urbano consolidado e o non consolidado, vid. STC 164/01 (FFXX 13, 19 e 20, par. 2º).

¹¹ STC 164/01 (FX 13).

¹² STC 164/01 (FX 4).

¹³ STC 164/01 (FFXX 13 e 14).

¹⁴ STC 164/01 (FX 32, par. 2).

O carácter simplemente exemplificativo do solo non urbanizable externamente protexido ou de «especial protección» así como a ampla remisión ó planificador urbanístico para a súa clasificación como solo non urbanizable internamente protexido ou «ordinario»¹⁵ determina a ampla marxe de decisión que posúe cada comunidade autónoma na clasificación do solo como urbanizable, a quen corresponderá, ademais, concretar «en qué forma e a qué ritmo este solo debe engrosa-la cidade»¹⁶.

Ó longo da STC 164/2001 queda salvada, parcialmente, a dificultade á que se enfrontou a STC 61/1997 para distingui-lo que é exercicio do dereito de propiedade urbanística e o que forma parte do seu contido. Non existe dúbida de que o contido mínimo do dereito de propiedade do solo concrétase nos dereitos/deberes de urbanizar –ou de transformación– e de edificar.

E tamén parece claro que, respectando as condicións básicas para o seu exercicio antes sinaladas, cada lexislador autonómico é competente para arbitra-las técnicas, instrumentos e mecanismos que, por unha parte, desenvolvan o dito contido esencial e por outra parte, fagan efectiva a «igualdade básica» no exercicio do dereito de propiedade urbanística.

Así, por exemplo, a cesión obrigatoria do 10 por 100 de aproveitamento que a LRSV lles impón ós propietarios de solo urbano non consolidado e de solo urbanizable constitúe unha condición básica para o exercicio do dereito de propiedade urbanística, a partir da que, cada comunidade autónoma é competente, en primeiro lugar, para dispoñer se o solo cedido debe achegarse ou non libre de custos de urbanización (entendo, no primeiro caso, cando tampouco exista deber de cesión) e, en segundo lugar, para establecer, no seu respectivo territorio, a forma de determinación do aproveitamento urbanístico e a base sobre a que se aplica¹⁷.

Non considero que sexa momento de reitera-la doutrina contida na STC 61/1997, o 20 de marzo, da que parte a sentenza de referencia para declara-los preceptos da LRSV, case na súa totalidade, conformes coa orde constitucional, ó ofrecer –utilizando unha técnica de control cuestionable– para moitos dos artigos dúas posibles interpretacións.

Centrareime nun dos puntos neurálxicos do novo réxime urbanístico da propiedade a propósito da inconstitucionalidade do artigo 16.1 LRSV: o solo urbanizable da LRSV e o dereito a promove-la súa transformación.

A transformación urbanística do solo –declara o TC– «é sen discusión un dos núcleos centrais que integran a materia *urbanismo*»¹⁸, enten-

¹⁵ STC 164/01 (FFXX 14 e 32).

¹⁶ STC 164/01 (FX 15).

¹⁷ STC 164/01 (FX 22, par. 2º).

¹⁸ STC 164/01, (FX 9, par. 3º).

dida a transformación como urbanización e, en solo urbanizable «inmediato», concretada no dereito á súa promoción co alcance que precisaba o citado art. 16.1 LRSV, reformado polo art. 1.tres do RD-lei 4/2000, do 23 de xuño¹⁹:

«O dereito a promove-la transformación do solo urbanizable, mediante a presentación ante o concello do correspondente planeamento de desenvolvemento para a súa tramitación e aprobación, poderase exercer desde o momento no que o planeamento xeral delimite os seus ámbitos ou se establezan as condicións para o seu desenvolvemento ou se proceda á súa delimitación ou á definición das condicións para o seu desenvolvemento en virtude dun proxecto de delimitación ou de planeamento formulado pola iniciativa privada».

O detalle co que a LRSV regulou o exercicio deste dereito excede da competencia estatal *ex. art. 149.1.1ª CE*. Por unha parte, ó ter establecido o órgano administrativo concreto ante o que deberá presentarse o correspondente planeamento e, por outra parte, ó preve-lo preciso momento en que este dereito xorde²⁰.

En efecto, conforme a LRSV, o dereito a promove-la transformación, a diferenza do dereito a urbanizar e a edificar, non constitúe unha facultade ínsita no contido normal da propiedade do solo, senón un dereito propiamente urbanístico que o propio lexislador lle concede ó propietario e que ten unha eficacia que se fai depender da potestade discrecional da Administración así como do que entenda a lexislación urbanística autonómica –aclara o TC– por «ámbitos» e «condicións de desenvolvemento», como sería optar por un réxime único de solo urbanizable «directamente transformable»²¹.

O certo, é que o dereito a promove-la transformación nesta subclase de solo urbanizable, o máis próximo ós núcleos urbanos, o «inmediato» de urbanización, non lle atribúe ó propietario plena liberdade para actuar illadamente e ó seu libre arbitrio. O exercicio deste dereito deberá ser conforme cos intereses xerais e coa dirección da acción urbanística que, en todo caso, lle corresponde á Administración (art. 4.1 LRSV)²².

Agora ben, «nada impón, neste sentido, que as determinacións necesarias para a «transformación do solo urbanizable –ou de concretas partes deste– se conteñan en plans urbanísticos específicos», cunha denominación e un contido que lle corresponden á esfera autonómica coa única condición básica de que a ordenación urbanística que o dito ins-

¹⁹ STC 164/01 (FX 26).

²⁰ STC 164/01 (FX 27).

²¹ STC 164/01 (FX 29, par. 3º).

²² STC 164/01 (FX 9).

trumento normativo considere sexa «suficiente para o gozo dos dereitos de propiedade urbana» e para asegura-la coordinación do exercicio das facultades urbanizadoras e edificadora que establece a LRSV nesta clase de solo²³.

Así, conforme a interpretación que deu este tribunal do tradicional principio de xerarquía inter-plans no sentido de non imporlles ningún modelo de planeamento predeterminado ós lexisladores autonómicos, sería perfectamente admisible concreta-la ordenación completa do solo urbanizable inmediato no planeamento xeral e remitir, unicamente, a un planeamento de desenvolvemento cunha aprobación definitiva que lle corresponda ó concello, o solo urbanizable sen expectativa de urbanización inmediata (art. 16.2 LRSV): o solo urbanizable «residual» ou diferido», no que de acordo coa lexislación urbanística «aínda non é posible solicita-la aprobación do planeamento que lle abre o camiño á transformación física do solo»²⁴.

Concibido o Plan parcial conforme a lexislación urbanística tradicional, peza do Plan xeral «de natureza subordinada ó seu nivel operativo e elaboración demorada por razóns puramente estratéxicas, coma un verdadeiro instrumento de flexibilización do planeamento²⁵, resulta lóxico que no novo solo urbanizable inmediato que prevé a LRSV non se condicione a súa urbanización ó dito instrumento, senón a un proxecto de urbanización que, igualmente, deberá aproba-la Administración competente, e entender así cumprido o dereito/deber a promove-la transformación.

Como revela a historia recente do urbanismo español, o maior problema que existe na realización efectiva de políticas urbanísticas de ordenación da cidade, non está tanto no planeamento coma na xestión, competencia das comunidades autónomas que, nesta clase de solo, deberán determinar, entre outros aspectos, o grao de participación e iniciativa de todo propietario e outros axentes económicos na transformación do solo ó regula-los sistemas e instrumentos de execución, sexan públicos ou privados²⁶. 

²³ STC 164/01 [FFXX, 6, b), 8 e 10)].

²⁴ STC 164/01 (FX 28).

²⁵ STS 13. V. 1988 (art. 3755).

²⁶ STC 164/01 (FX 9, par. 5, 6 e 7).



A ACTUACIÓN DOS PODERES PÚBLICOS AUTONÓMICOS E O DEREITO FUNDAMENTAL DO ARTIGO 42 DA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Xosé Antonio Sarmiento Méndez

Letrado da Comisión para o estudo da situación
dos emigrantes do Parlamento de Galicia.
Profesor de dereito constitucional da Universidade de Vigo

1. Introducción

Pretendo con estas liñas dar conta do panorama político-lexislativo que condiciona a situación actual dos emigrantes galegos. Lonxe dunha visión exhaustiva do dereito positivo na materia, tentarei expoñer aqueles aspectos máis salientables que, a comezos do século XXI, inflúen no devir cotián de cidadáns galegos coma nós, pero que polas circunstancias da vida desenvolven os seus acontecementos vitais fóra do noso país.

Con esta finalidade este traballo descenderá dende os documentos de carácter mundial sobre a materia, para pasando polo inevitable chanzo de referencia comunitaria, darlle unha singular relevancia ó ordenamento xurídico autonómico sobre esta cuestión.

Resulta evidente que unha visión coma a que se expón é debedora dos traballos e experiencias tidos no seo da Comisión parlamentaria de estudo que sobre a situación dos emigrantes galegos foi creada no seo do Parlamento de Galicia na presente lexislatura.

2. O dereito internacional na materia

A Convención internacional sobre a protección dos dereitos dos traballadores emigrantes e dos seus familiares, adoptada pola Asemblea Xeral da ONU na súa Resolución 45/158, do 18 de decembro de 1990 define un ámbito de aplicación dela que deixa practicamente esgotados os eidos posibles de actuación dos emigrantes, ó dispor no seu artigo 1.2º que «será aplicable durante todo o proceso dos traballadores migratorios e os seus familiares, e comprenderá a preparación para a migración, a partida, o tránsito e todo o período de estancia e de exercicio dunha actividade remunerada no estado de emprego, así como o regreso ó estado de orixe ou ó estado de residencia habitual».

Dun xeito semellante o Informe da Secretaría Xeral, do 18 de setembro de 1997, sobre a migración internacional e desenvolvemento, presentou unha visión dos gobernos sobre esta materia, con achegas moi interesantes acerca do papel das Nacións Unidas sobre a migración e os dereitos humanos, a necesidade da coordinación administrativa nesta materia e o papel das organizacións internacionais laborais nesta materia, entre outras.

A cuestión sempre de actualidade dos dereitos humanos dos emigrantes foi obxecto de tratamento específico por parte da Resolución 1999/44 da Comisión de Dereitos Humanos do Consello Económico e Social sobre os Dereitos dos Emigrantes, na que ademais se acordou examinar esta problemática como materia prioritaria, na 54ª sesión co mesmo título da orde do día.

Finalmente, e desde unha perspectiva moito máis concreta a OIT aprobou un convenio sobre os traballadores migradores (revisado en 1949) que contén no seu artigo 6 unha previsión moi relevante ó dispor que todo membro para o que se atope en vigor o presente convenio está obrigado a aplicarles ós emigrantes que se atopen legalmente no seu territorio, sen discriminación de nacionalidade, raza, relixión ou sexo, un trato non menos favorable có que se lles aplique ós seus propios nacionais en relación cunha serie de materias (retribucións e condicións de traballo, dereito de sindicación, vivenda, Seguridade Social, dereitos adquiridos, servizos sociais públicos, tributos e tutela xudicial efectiva dos dereitos).

Consello de Europa

No ámbito europeo de protección resulta de interese a Convención europea relativa ó Estatuto xurídico do traballador migrador (Estrasburgo, 24-11-77) na que se achega unha definición do termo «traballador emigrante» coma un residente dunha parte contratante do convenio que é autorizado por outra parte contratante do convenio para residir

no seu territorio e ocupar un emprego asalariado. A partir desta concepción a convención fai un tratamento pormenorizado dos dereitos dos emigrantes e dos requisitos procedementais admisibles para o desenvolvemento das súas actividades.

Un contido xurídico menos efectivo teñen as distintas recomendacións acadadas no seo da Asemblea Parlamentaria do Consello de Europa, que ademais abarcan un ámbito obxectivo moito máis concreto. Poden citarse como subliñables a Recomendación 1306 (1996) da Asemblea Parlamentaria sobre os movementos migratorios desde os países en vías de desenvolvemento cara ós países industrializados, a Recomendación 1329 (1997) da Asemblea Parlamentaria sobre o seguimento da Conferencia mediterránea sobre poboación, emigración e desenvolvemento feita en Palma de Mallorca desde o 15 ó 17 de outubro de 1996 e a Recomendación 1370 (1998) de Asemblea Parlamentaria sobre as actividades da Organización Internacional para a Emigración (OIM) 1994-1997.

Carácter máis político ten a declaración final da VI Conferencia dos ministros europeos responsables en materia de emigración (Varsovia, 16-18 de xuño de 1996), na que se fixeron certas proclamacións de principios que quedaron en parte condicionadas a unha futura nova conferencia interministerial.¹

3. A Unión Europea e a emigración

Un dos principios básicos de fundación das comunidades europeas é o da libre circulación de traballadores entre os países membros, e mesmo por iso, os organismos comunitarios non adoitan regulamentar de xeito minucioso a problemática da emigración intracomunitaria. A súa admisión é un presuposto de existencia das liberdades constitutivas do que hoxe é a Unión Europea.

A disposición esencial na materia é o Regulamento (CEE) 1408/71 do consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social ós traballadores por conta allea, ós traballadores por conta propia e ós membros das súas familias que se desprazan dentro da comunidade. Esta norma consagra no seu artigo 3 o principio de igualdade de trato que implica a posibilidade das persoas que residan no territorio dun dos estados de acollérense ó beneficio da lexislación de todo estado membro nas mesmas condicións cós nacionais deste.²

¹ Tal e como pode comprobarse na conclusión do texto da declaración froito da conferencia.

² Trátase dun regulamento que foi modificado por outros posteriores: n° 1290/97, 1223/98, 1606/98, 307/1999, 1399/1999 e rectificando nos DO do 9 de outubro de

Consecuencia dos problemas que presenta a inserción profesional e social da poboación estranxeira, especialmente en materia de educación, formación e emprego na súa segunda xeración aprobouse coa Decisión da comisión, do 8 de xuño de 1988, pola que se establece un procedemento de notificación previa e de concertación sobre as políticas migratorias en relación con terceiros países. Na súa virtude os estados membros obríganse a informar, ó seu debido tempo, a comisión, e os outros estados membros sobre os proxectos que poidan afectar esta materia e os textos das disposicións legais, regulamentarias e administrativas en vigor nos ámbitos en cuestión.³

Nun ámbito moito máis limitado se desenvolve o Dictame do Comité Económico e Social sobre o tema «*Balance e perspectivas de traballo estacional e movementos migratorios no espazo rural*»⁴, no que se conclúe a necesidade dun estudio estatístico pormenorizado sobre os traballadores estacionais agrarios en Europa, pois resulta rechamante a ausencia de datos fiables que poidan ser utilizados polas autoridades comunitarias.

4. Normativa estatal

O artigo 42 da Constitución é o referente fundamental da emigración no dereito interno. Este artigo di literalmente: «El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno»⁵.

Nembargantes existen outros artigos da Carta magna que gardan relación indubidable coa problemática dos emigrantes. Así o 19 recoñece

1997 e 25 de marzo de 1999. De interese para o ámbito galego de aplicación son as especialidades contidas nos artigos 14 bis e 14 ter, pois conteñen normas particulares aplicables ás persoas distintas dos traballadores do mar, que exerzan unha actividade por conta propia e normas particulares aplicables ós traballadores do mar, respectivamente.

Resolución do Parlamento europeo do 14 de outubro, sobre as discriminacións das que son obxecto as mulleres inmigrantes e as traballadoras inmigrantes nas disposicións lexislativas e regulamentarias da comunidade.

Resolución do Parlamento europeo do 20 de novembro de 1987 sobre os problemas rexionais e os movementos migratorios.

³ A relación de informacións precisas vén enumerado no artigo 1 desta decisión. DOCE N° L 183 35, do 14 de xuño de 1988.

⁴ Outras disposicións de rango menor pero de interese para a problemática que me ocupa son os estatutos da Comisión administrativa para a Seguridade Social dos traballadores emigrantes establecida na Comisión das Comunidades Europeas e as *Decisións da Comisión administrativa para a Seguridade Social dos traballadores emigrantes*.

⁵ Para un comentario sistemático deste precepto pode consultarse J. GÁLVEZ EN GARRIDO FALLA *et al*: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

a liberdade de movementos, como dereito físico que é un presuposto obvio dos dereitos dos emigrantes. Igualmente a previsión dunha política dirixida ó pleno emprego (artigo 40.1), a protección da saúde (artigo 43) e a un réxime de Seguridade Social para tódolos cidadáns (artigo 41) intégranse no contido do que se pode entender como «digna calidade de vida». Igualmente, autores como Sánchez Agesta⁶ apuntaron as consecuencias relevantes que sobre este grupo social deben desenvolver-se os principios de xustiza e igualdade proclamados no preámbulo e no artigo 1.1 da Constitución.

O dereito español nesta materia está composto basicamente pola Lei 33/1971, do 21 de xullo, da emigración⁷. Trátase dun texto preconstitucional que tenta programa-la acción protectora do Estado sobre os emigrantes e regula-os diversos procesos emigratorios. Con esta finalidade estableceuse con carácter xeral o réxime xurídico da emigración, os principios de asistencia social ó emigrante, tanto no interior coma no exterior, e disposicións sobre o transporte de emigrantes e o Instituto Español de Emigración.

A doutrina⁸ tense pronunciado negativamente sobre o contido desta lei por considerar que non corrixiu algúns dos defectos máis acusados do sistema anterior como a dispersión de competencias respecto á acción protectora do Estado durante a totalidade do proceso migratorio, que se complicaba notablemente pola existencia de moitas trabas burocráticas.

Como se observará, numerosa normativa, tanto autonómica coma estatal, veu supera-la regulación da Lei 33/1971, a pesar de que esta segue sen ser derogada expresamente no noso ordenamento administrativo. Por outra banda a acción protectora asistencial a favor dos emigrantes e das súas familias conta co inestimable apoio das consellerías laborais e de asuntos sociais, seccións laborais de seguridade social e asistenciais das oficinas consulares e consellerías de educación.

Os principais sectores de actuación pública regulados normativamente son obxecto de tratamento nas seguintes liñas.

⁶ Na obra colectiva *Constitución española*. Edición comentada, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1979, páxina 113.

⁷ Entre outras leis, o Real-decreto lei 36/1978, do 16 de novembro, a Lei orgánica 10/1995 do 23 de novembro do Código penal e a Lei 8/1988, do 7 de abril de infraccións e sancións na orde social, modificaron fundamente o contido da Lei de 1971.

De interese para os nosos emigrantes é a «Guía del Retorno», elaborada pola Dirección Xeral de Ordenación das Migracións e que serve de libro de cabeceira para unha multitude de trámites administrativos que deben afronta-los que desexan volver á terra.

⁸ Así José Ignacio CASES, no seu comentario ó artigo 42 da Constitución nos dirixidos por Óscar ALZAGA. Editoriales de Derecho reunidas 1996. Páxina 147.

Asistencia sanitaria

Esta cuestión aparece abordada polo Decreto 1075/1970, do 9 de abril, sobre asistencia sanitaria ós traballadores españois emigrantes e ós familiares dos mesmos residentes en territorio nacional⁹, que dispón o gozo para si e os seus familiares, nos desprazamentos temporais a España, da asistencia sanitaria por enfermidade común, accidente non laboral e maternidade, nas condicións establecidas no mesmo decreto.

Para o caso galego acada singular relevancia a Orde do 13 de xullo de 1971, sobre aplicación dos beneficios da Seguridade Social ós traballadores españois emigrantes dedicados a actividades marítimo-pesqueiras por conta allea.

Convenios especiais da Seguridade Social

A normativa marco reguladora da materia é o Real decreto 996/1986, do 25 de abril, polo que se regula a subscrición de convenio especial dos emigrantes e fillos de emigrantes¹⁰. Este regulamento parte do fundamento constituído polo artigo 42 da Constitución, da Lei 33/1971, do 21 de xullo, de emigración e da disposición adicional primeira da Lei xeral da Seguridade Social, coa finalidade de ampliar ou garanti-la protección dos traballadores emigrantes.

Moito máis específica é a Orde do 28 de xaneiro de 2000 pola que se desenvolven as normas de cotización á Seguridade Social, desemprego, Fondo de Garantía Social e formación profesional, contidas na Lei 54/1999, do 29 de decembro, de Orzamentos xerais do Estado para o ano 2000, e a Orde do 18 de febreiro de 1981 pola que se establece un convenio en materia de asistencia sanitaria no réxime xeral da Seguridade Social en favor dos españois emigrantes que retornan ó territorio nacional¹¹. Este último dispón que os traballadores españois que, despois de

⁹ Normativa que debe entenderse completada pola Orde do 10 de xuño de 1970, pola que se dictan normas para a aplicación e desenvolvemento do disposto no Decreto 1075/1970, do 9 de abril.

¹⁰ Este decreto encontra desenvolvemento pormenorizado nas seguintes ordes: Orde do 28 de xullo de 1987, pola que se desenvolve o Real decreto 966/1986, do 25 de abril, regulador do convenio especial dos emigrantes e fillos de emigrantes, Orde do 23 de abril de 1987 pola que se fixa un novo prazo para que os emigrantes ós que se refire o Real decreto 966/1986, do 25 de abril, poidan subscribi-lo convenio especial regulado neste, Orde do 14 de xaneiro de 2000 sobre supresión do prazo para a subscrición do convenio especial de seguridade social dos emigrantes e fillos de emigrantes.

¹¹ Completada pola Resolución do 20 de agosto de 1986, da Secretaría Xeral para a Seguridade Social, pola que se considera aplicable a Orde do 18 de febreiro de 1982 ós emigrantes pensionistas e ós familiares destes que se desprazan temporalmente a España.

desenvolve-las súas actividades laborais no estranxeiro non tiveran dereito ás prestacións de asistencia sanitaria no territorio español, poderán beneficiarse das citadas prestacións sempre que cumpran dúas condicións: a) ser ou ter sido beneficiarios de prestacións derivadas dun seguro de pensións, de rendas ou de cantidades a prezo fixado substitutivas das anteriores no país no que desenvolveron a súa actividade laboral e b) subscribi-lo oportuno convenio co Instituto Nacional da Seguridade Social con aboamento, con cargo ó interesado, da cantidade que para cada exercicio fixe o Ministerio de Sanidade e Seguridade Social.

Complementaria do anterior é a Resolución do 21 de abril de 1997, da Secretaría de Estado da Seguridade Social, pola que se dictan instrucións en materia de convenios especiais de asistencia sanitaria a favor de españois emigrantes que retornan ó territorio español e de pensionistas da Seguridade Social suíza residentes en España, pero obviamente referido a persoas que foron emigradas á Federación Helvética.

Axudas

O Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais aprobou unha Orde do 30 de decembro de 1997 pola que se establecen e regulan os programas de actuación a favor dos emigrantes españois, e que distingue unhas axudas de carácter asistencial, outras de integración social e orientación profesional, axudas de promoción social, de carácter asociativo e cultural e de xestión do emprego no exterior. Este regulamento foi derogado pola Orde do 29 de agosto de 2000 pola que se establecen as bases reguladoras da concesión das axudas e subvencións públicas correspondentes ós programas de actuación a favor dos emigrantes españois, que ó meu xuízo, presenta como principal innovación o pulo que se lles dá ás axudas asistenciais extraordinarias para emigrantes e retornados, previstas no programa 2 do citado decreto.

Un carácter mais instrumental ten a Resolución do 8 de xaneiro de 1996 pola que se determinan os modelos de solicitude de axudas en favor dos emigrantes españois¹², que foi dictada en desenvolvemento da

¹² Que vén ser precisada pola Resolución do 10 de marzo de 1999, da Dirección Xeral de Ordenación das Migracións, pola que se complementan as causas para a concesión das axudas individuais asistenciais extraordinarias para emigrantes e retornados, reguladas no programa 2 da Orde do 30 de decembro de 1997 pola que se establecen e regulan os programas de actuación en favor dos emigrantes españois.

Orde do 25 de xuño de 1999 pola que se modifican as ordes do 13 de marzo de 1998 pola que se establecen as bases reguladoras da concesión de axudas e subvencións públicas en apoio das migracións interiores; do 30 de decembro de 1997 pola que se establecen e regulan os programas de actuación en favor dos emigrantes españois e do 21 de maio de 1996 sobre delegación do exercicio de competencias nos órganos administrativos do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais.

Orde do 14 de decembro de 1995 pola que se regulaban programas de actuación a favor dos emigrantes españois.

Pensións asistenciais

Partindo da Lei 26/1990 do 20 de decembro pola que se establecen na Seguridade Social prestacións non contributivas, o Real decreto 728/1993, do 14 de maio, polo que se establecen pensións asistenciais por anciandade en favor dos emigrantes españois dispón a súa concesión ós que cumplan un total de cinco requisitos establecidos no seu artigo 2.

Especificamente e cunha finalidade de adaptárlle-lo procedemento de concesión ós cambios no ordenamento administrativo español aprobouse o Real decreto 1734/1994, do 29 de xullo, polo que se adecua a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, as normas reguladoras dos procedementos relativos ás prestacións sociais e económicas para a integración social dos minusválidos, as prestacións non contributivas da Seguridade Social e as pensións asistenciais por anciandade en favor dos emigrantes españois.

Pero sen dúbida a disposición recente de maior transcendencia na materia e o Real decreto 667/1999, do 23 de abril, polo que se modifica o Real decreto 728/1993, do 14 de maio, polo que se establecen pensións asistenciais por anciandade en favor dos emigrantes españois¹³.

Educación no exterior

A Lei orgánica 8/1985, do 3 de xullo, reguladora do dereito á educación, estableceu no seu artigo 12.1 que os centros docentes españois no estranxeiro deberán ter unha estrutura e un réxime singularizados, e en execución desa previsión aprobouse o Real decreto 1027/1993, do 25 de xuño, polo que se regula a acción educativa no exterior. A particularidade fundamental da acción educativa no exterior consiste na promoción e organización á vez de ensinanzas regradas correspondentes a niveis non universitarios do sistema educativo español e currículos mixtos de contidos do sistema educativo español e dos propios doutros sistemas educativos.

Desde certas posicións políticas do arco parlamentario galego cuestionouse o contido da Orde do 11 de novembro de 1994 pola que se regulan as ensinanzas complementarias de lingua e cultura española para

¹³ De interese para a aplicación práctica do decreto é a Orde do 22 de febreiro de 2000 pola que se desenvolve o Real decreto 728/1993, do 14 de maio, polo que se establecen pensións asistenciais por anciandade en favor dos emigrantes españois, modificado polo Real decreto 667/1999, do 23 de abril.

alumnos españois residentes no exterior¹⁴, posto que o ensino doutras linguas oficiais do Estado español non queda, segundo este criterio, suficientemente garantido.

Consello Xeral da Emigración

Este órgano fundamental de participación está regulamentado polo Real decreto 1339/1987, do 30 de outubro, sobre canles de participación institucional dos españois residentes no estranxeiro, modificado polo Real decreto 597/1994, do 8 de abril e Real decreto 2922/1997, do 26 de decembro¹⁵. Trátase dun órgano de carácter consultivo e asesor adscrito á Dirección Xeral de Migracións do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, que conta cunha orixe múltiple pois corenta e tres conselleiros son elixidos polos consellos de residentes ausentes, dous sono polas organizacións empresariais máis importantes, seis polos sindicatos máis representativos, tres polas comunidades autónomas e un polos titulares dos ministerios de Xustiza, Economía e Facenda, Interior e Educación e Cultura.

Pola súa banda os ámbitos fundamentais sobre os que desenvolve a súa actividade o Consello de Residentes Ausentes son catro: dereitos civís e laborais que lles correspondan ós españois na circunscrición consular, inserción dos alumnos españois no sistema educativo do país, participación dos residentes españois na vida política de España e a acción social e cultural a favor dos españois.

5. Normativa das comunidades autónomas

Non farei aquí unha enumeración exhaustiva de toda a normativa autonómica na materia, senón que, para unha mellor comprensión da regulación galega, salientarei os feitos fundamentais das comunidades de referencia nesta cuestión.

¹⁴ Regulación que foi afectada pola seguinte normativa: Orde do 23 de outubro de 1995 pola que se modifica a do 11 de novembro de 1994, pola que se regulan as ensinanzas complementarias de lingua e cultura españolas para alumnos españois residentes no exterior, e a Orde do 9 de outubro de 1998 pola que se modifica a de 11 de novembro de 1994 pola que se regulan as ensinanzas complementarias de lingua e cultura españolas para alumnos residentes no exterior.

¹⁵ Distintas disposicións de aplicación son: a Orde do 3 de xuño de 1998 pola que se desenvolve o capítulo II do Real decreto 1339/1987, do 30 de outubro, sobre canles de participación institucional dos españois residentes no estranxeiro, modificado polo Real decreto 2022/1997, do 26 de decembro, e a Resolución do 3 de xuño de 1998, da Dirección Xeral de Ordenación das Migracións, pola que se establecen as normas para a designación de membros do Consello Xeral da Emigración.

Andalucía

Como estudiou De Mateo Avilés¹⁶ a emigración andaluza foi un fenómeno moi importante a finais do século XIX. Para responder a esta problemática xa antiga actúa a súa potestade legislativa o Parlamento de Andalucía. Así a Lei 7/1986, do 6 de maio, de recoñecemento das comunidades andaluzas fóra do territorio andaluz, foi dictada en execución do disposto no artigo 12.3.4º do Estatuto de autonomía de Andalucía e pretendeu ser un instrumento para posibilitárille-la prestación de asistencia integral ós emigrantes mediante a participación destes nos asuntos públicos, á vez que satisface-las previsións do disposto no artigo 8.3 do Estatuto de autonomía andaluz que dispón a posibilidade de que as comunidades andaluzas asentadas fóra do territorio da Comunidade Autónoma puideran solicita-lo recoñecemento da identidade andaluza.¹⁷

Illas Baleares

No caso das illas Baleares o proceso migratorio céntrase en América, Alxeria, Francia e Alemaña, con especificidades como a presenza de formenterenses no Uruguai e Cuba, de eivisencos na Arxentina, Alxeria e Cuba, de mallorquinos en Porto Rico, a Arxentina, Cuba, o Uruguai, Chile, Venezuela e a República Dominicana. Todas estas situacións son tomadas en conta pola Lei 3/1992, do 15 de xullo, de comunidades baleares asentadas fóra do territorio da Comunidade Autónoma.

O citado texto legal veu ser desenvolvido polo Decreto 129/1993, do 16 de decembro, polo que se establece a organización e funcionamento do Rexistro de Comunidades Baleares asentadas fóra do territorio da Comunidade Autónoma, que creou un instrumento de carácter público e gratuïto adscrito á Vicepresidencia do Govern balear.

Posteriormente o Decreto 77/1995, do 3 de agosto, polo que se regula o funcionamento do Consello de Comunidades Baleares¹⁸, serve para precisa-las funcións atribuídas ó consello, que son fundamentalmente de consulta, asesoramento e fomento das comunidades baleares asentadas no exterior.

¹⁶ DE MATEO AVILÉS, Elías: *La emigración andaluza a América 1850-1936*. Málaga 1993.

¹⁷ O desenvolvemento regulamentario desta lei produciuse a través do Decreto 368/1986, do 19 de novembro, sobre a organización e funcionamento do Rexistro Oficial de Comunidades Andaluzas asentadas fóra de Andalucía. Interese nesta materia ten tamén o Decreto 37/1991, do 12 de febreiro, sobre a Comisión interdepartamental de asuntos migratorios.

¹⁸ Máis tarde foi afectado polo Decreto 116/1997, do 6 de setembro, que se modifica o Decreto 77/1995, do 3 de agosto.

Despois de varias disposicións regulamentarias de 1997 e 1998 o Decreto 103/1998, do 20 de novembro, polo que se regulan as axudas públicas en favor das comunidades baleares asentadas fóra das illas e das entidades asociativas para o fomento da participación cidadá¹⁹ veulle dar certa estabilidade ó marco regulador das finanzas das comunidades baleares, no tocante á súa relación coa Comunidade Autónoma. Este aspecto sempre é unha reclamación dos colectivos de emigrantes, que desexan dispor dun marco estable e clarificado para a tramitación das axudas sociais que precisan.

Por último debo referi-la singularidade da Orde do 22 do decembro de 1999 de creación da Comisión de estudos sobre o feito migratorio das Illas Baleares. Esta disposición dictouse en execución da Lei autonómica de 1992, e sen interposición de decreto ningún do Consello de Goberno. No aspecto substantivo crea unha comisión de asesoramento, consulta e proposta da Consellería de Presidencia e dependente organicamente da Dirección Xeral de Relacións Institucionais.

Illas Canarias²⁰

A Lei 4/1986, do 25 de xuño, de entidades canarias no exterior e Consello Canario de Entidades no Exterior (modificada pola Lei 9/1989, do 13 de xullo) é a disposición fundamental do ordenamento xurídico canario nesta materia. Trátase dun texto dictado atendendo a un espírito de solidariedade, tal e como refire o seu preámbulo, e a teor do disposto no apartado 2, letra b), do artigo 5 do Estatuto de autonomía de Canarias.

O desenvolvemento regulamentario da lei canaria tivo lugar a través de dúas normas: o Decreto 252/1989, do 19 de outubro, polo que se desenvolven as normas reguladoras das entidades canarias no exterior, e o Decreto 4/91, do 29 de xaneiro, polo que se establece o Regulamento interno do Consello de Entidades Canarias no Exterior.

Por outra banda o aspecto que podemos denominar dinámico da acción pública en emigración abórdase polo Decreto 94/1995, do 7 de abril, sobre axudas a emigrantes canarios no exterior (modificado polo Decreto 284/1996, do 22 de novembro) e polo Decreto 252/1996, do 26 de setembro, polo que se establecen programas de actuación en favor das entidades canarias no exterior (modificado polo Decreto 253/1997, do 16 de outubro). Un carácter máis instrumental ten o Decreto 19/2000, do 31 de xaneiro, de creación do censo de emigrantes canarios, limitado practi-

¹⁹ Sen prexuízo da modificación puntual operada polo Decreto 248/1999, do 26 de novembro, de modificación do Decreto 103/1998, do 20 de novembro.

²⁰ Un tratamento monográfico da importancia da emigración canaria pode analizarse na revista *Guize. Revista de la Asociación canaria de Antropología*. Vol. 3 (1996).

camente a súa creación e remisión a través da disposición final primeira do decreto a un acordo futuro do presidente da Comunidade Autónoma para o proceso de formación e aprobación e adscrición administrativa do censo.

Cataluña

Cataluña, ó igual ca Galicia, conta cunha longa tradición emigrante que se remonta ó ano 1840, no que se funda a Sociedade de Beneficencia dos naturais de Cataluña na Habana. A Lei 18/1996, do 27 de decembro, de relacións coas comunidades catalanas no exterior trata de asumir a importancia que este fenómeno ten e regula-lo apoio, a coordinación e a intensificación das relacións da Generalitat, a sociedade catalana e as súas institucións coa comunidades catalanas establecidas fóra do territorio de Cataluña e as súas entidades, todo iso para canaliza-las achegas dos colectivos cataláns do exterior á dinámica da sociedade catalana.

O Decreto 118/1998, do 26 de maio, polo que se aproba o Regulamento das relacións das comunidades catalanas no exterior²¹ é unha disposición básica pois atinxe a toda a vida das institucións nucleares da emigración catalana: os casals. Igualmente supón o desenvolvemento regulamentario do Consello das Comunidades Catalanas que fora creado pola Lei 18/1996.

Estremadura

A denominación da Lei 3/1986, do 24 de maio, da estremeñidade garda evidentes paralelismos coa rúbrica da lei galega. Trátase dun texto de 16 artigos no que se define a condición de estremeño, as vías para a súa adquisición, o seu alcance e contido, e a vertente orgánica, representada polo Consello de Comunidades Estremeñas.

Presenta certa orixinalidade digna de eloxio o Decreto 101/1989, do 3 de outubro, polo que se crea o Servicio de Orientación á Emigración, disposición na que, o Goberno autonómico, fixo caso ás recomendacións do III Congreso de Emigración de 1986, e a través do Consello de Comunidades Estremeñas instou a Xunta de Extremadura á creación do Servicio de Orientación á Emigración.

Consecuencia das modificacións orgánicas producidas nas conselleiras, e a supresión da que se ocupaba especificamente da emigración en 1993, é o Decreto 82/1994, do 31 de maio, polo que se establece a orga-

²¹ Completado pola Resolución da Presidencia do 22 de outubro de 1998, pola que se aproba o Plan de acción interdepartamental para os casals e centros cataláns no exterior.

nización e funcionamento do Consello de Comunidades Estremeñas e do Rexistro de Asociacións da Emigración Estremeña. Nesta disposición adscribíense á Consellería de Benestar Social todas estas competencias, e deséñase pormenorizadamente a armazón institucional do Consello de Comunidades Estremeñas.

O Decreto 25/1998, do 17 de marzo, sobre axudas para os movementos migratorios trata de atender unha realidade importante nesa comunidade, e facilita-los movementos migratorios efectuados pola poboación estremeña residente en Estremadura para o desempeño de actividades remuneradas por conta e dependencia alleas.

Murcia

A Asemblea de Murcia en desenvolvemento do artigo 7.2 do Estatuto de autonomía e «en parte do artigo 9.2, e)» (*sic*) aprobou a Lei 9/1986, do 9 de decembro, de recoñecemento das comunidades murcianas asentadas fóra da rexión. Este recoñecemento leva consigo o dereito a colaborar e compartila vida social e cultural da rexión de Murcia, mediante as canles que permitan e faciliten unha recíproca comunicación e apoio. A emigración murciana, como ten estudado Vilar Ramírez²², ademais de enfocarse ó norte de África ten unha presenza importante en América, que os poderes públicos murcianos tratan de atender coa citada lexislación.

En execución das previsións do artigo 14.1.c) da Lei 9/1986 aprobouse o Decreto 78/1989, do 7 de setembro, polo que se establece o Regulamento do Consello Asesor de Comunidades Murcianas asentadas fóra da rexión, ó que se lles atribúen funcións fundamentalmente referidas ó informe e á proposta ós órganos activos da Comunidade Autónoma.

Navarra

Atopámonos ante unha comunidade autónoma que non conta con normativa con rango legal para a regulación de materia que nos ocupa. Tan só pode citarse a Orde foral 70/1999, do 26 de maio pola que se regula a concesión de axudas para os centros de Navarra no exterior de España correspondentes a 1999²³ e a Orde foral 71/1999, do 26 de maio pola que se aproban as bases do programa *Volver a Navarra VIII*, que en ámbolos casos teñen un carácter continxente e instrumental.

²² Así Juan B. VILAR RAMÍREZ: *Los murcianos y América*. Madrid. Mapfre. 1992.

²³ De natureza similar é a Resolución 25/1999, do 25 de maio, pola que se aproba a convocatoria de axudas para estudantes descendentes de navarros residentes no estranxeiro, correspondente ó curso 2000-2001.

País Vasco

Resulta rechamante que unha comunidade como a vasca, con tradición emigratoria tan marcada e sinais de identidade incuestionables, non lexislase sobre esta materia ata datas tan recentes. Xa que logo a Lei 8/1994, do 27 de maio, de relacións cos centros vascos e colectividades no exterior veu cubrir este oco que se apreciaba no sistema xurídico de Euskal Herría. A exposición de motivos da lei preséntaa coma unha consecuencia do disposto no seu Estatuto de autonomía, en concreto nos artigos 6.5 e 22, e cuns obxectivos dirixidos directamente á promoción, o apoio e a intensificación das relacións de Euskadi, da sociedade vasca e das súas institucións coas colectividades vascas e centros vascos existentes no exterior da Comunidade Autónoma.

De conformidade coa disposición transitoria 1ª da lei 8/1994, a partir do 3 de xullo de 1995 pasa a ser esixido o recoñecemento previo para os centros vascos que queiran acollerse ás prestacións recoñecidas na citada lei. A estes efectos o Decreto 318/1994, do 28 de xullo regula o recoñecemento e rexistro de centros vascos no exterior, que foi modificado con posterioridade polo Decreto 106/1996, do 14 de maio.

Por último e atendendo ó mandato de desenvolvemento regulamentario recollido no artigo 12.2 da Lei 8/1994 do 27 de maio, aprobouse o Decreto 234/1996, do 11 de abril, polo que se regulan os órganos de relación coas colectividades vascas, que son o Consello Asesor de Relacións coas Colectividades Vascas e o Congreso de Colectividades Vascas.

A Rioxa

A redacción estatutaria do artigo 7 apartado 4 no caso rioxano é certamente restrictiva pois prevé que a Comunidade Autónoma promoverá a colaboración coas colectividades asentadas fóra do seu territorio de acordo co Estatuto e «a lexislación xeral do Estado». Neste contexto foi aprobada a Lei 4/1989, do 29 de xuño, de colectividades rioxanas asentadas fóra do seu territorio. O carácter respectuoso coa autonomía das distintas colectividades maniféstase de novo na exposición de motivos da lei, ó expoñer que a Comunidade Autónoma propón promover e coordinar «respectando a súa autonomía», a participación das colectividades rioxanas asentadas fóra da comunidade para facer real e efectiva a súa colaboración na vida social e cultural da rexión.

O Decreto 70/1990, do 28 de xuño, polo que se regula o funcionamento do Rexistro de Colectividades Rioxanas asentadas fóra do territorio, dispón a súa adscrición á Consellería de Administracións Públicas baixo a dependencia directa da súa Secretaría Xeral Técnica, e supón a única disposición regulamentaria que se ten dictado en execución da Lei 4/1989.

Comunidade Valenciana

A normativa da Comunidade Valenciana limítase a un regulamento de axudas aprobado pola Presidencia e formalizado a través do Decreto 2/1991, do 12 de febreiro, sobre axudas a valencianos residentes no estranxeiro.

6. A regulación da Comunidade Autónoma galega

O Estatuto de autonomía para Galicia prevé no seu artigo 7 a posibilidade de que as comunidades galegas asentadas fóra de Galicia soliciten o recoñecemento da súa galeguidade entendida como o dereito a colaborar e compartiren a vida social e cultural do pobo galego. A Lei 4/1983, do 15 de xuño, de recoñecemento da galeguidade veu cumpri-lo mandato de regula-lo alcance e contido do recoñecemento, que conforme o Estatuto non pode implica-la concesión de dereitos políticos.

O alcance e contido do recoñecemento da galeguidade aparece recollido no título II da lei, se ben a súa estrutura interna preséntase como claramente criticable posto que lle dedica un capítulo I á orde social e cultural namentres o capítulo II regula o exercicio da galeguidade. Esta estruturación non respecta a homoxeneidade de contido que debera telo título II e merecería unha reforma dende o punto de vista da técnica normativa.

Atendendo á regulación xurídica o artigo 5 da lei establece que na orde social a galeguidade supón o dereito á información de cantas disposicións e resolucións sexan adoptadas polos poderes da Comunidade Autónoma galega. Entendo que este mandato obriga os poderes públicos autonómicos á remisión cando menos no Diario Oficial de Galicia e no Boletín Oficial do Parlamento á sede das distintas comunidades galegas no exterior. Ademais o recoñecemento da galeguidade plásmase na proclamación xenérica do dereito a comparti-la vida social galega e a colaborar na súa difusión, dentro do territorio de Galicia e no ámbito da propia comunidade que obtivera o recoñecemento.

No tocante ó exercicio da galeguidade créase o Consello de Comunidades Galegas, ó que se lle atribúen funcións consultivas e de asesoramento, constituíndose no seu seo unha comisión delegada que permita un funcionamento máis áxil.

En execución da Lei 4/1983, aprobouse o Decreto 3/1987, do 8 de xaneiro, polo que se adscribe o Rexistro de Comunidades Galegas asentadas fóra de Galicia á Dirección Xeral de Relacións coas Comunidades Galegas e se establece o procedemento para solicita-lo recoñecemento da galeguidade e a posterior inscrición no rexistro. O seu artigo 8 establece a obriga por parte das comunidades galegas de presentarlle á Xunta

de Galicia unha memoria anual que comprenda as actividades de traballos que realice a entidade, sendo esta a disposición normativa *ad extra* máis importante do citado regulamento.

Dentro da estrutura orgánica do Goberno galego é relevante o Decreto 4/1987, do 8 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Consello de Comunidades Galegas e o Decreto 195/1991, do 30 de maio, polo que se modifica o regulamento de organización e funcionamento do Consello de Comunidades Galegas. Resulta subliñable a ampliación do Consello de Comunidades Galegas de xeito excepcional, a aquelas nas que haxa unha maioritaria presenza de galegos, así como preve-la posibilidade de que estas poidan acceder a beneficios que a Administración autonómica lles concede ás comunidades galegas.

Para a comprensión do funcionamento actual da Comisión delegada do Consello de Comunidades resulta fundamental o Decreto 261/1992, do 17 de setembro, polo que se amplía a composición da Comisión delegada do Consello de Comunidades Galegas. Esta disposición presenta unha novidade polémica posto que amplía a composición da comisión delegada debido ás experiencias acadadas nas reunións do Consello de Comunidades Galegas celebradas en Baiona en outubro de 1998 e na Illa da Toxa en decembro de 1991. Indica a exposición de motivos do Decreto de 1992 que deben incorporarse membros polos seus méritos, antecedentes, obra, experiencia e recoñecida traxectoria galega ou número de asociados, co carácter de permanentes.

A recente liña legislativa autonómica que afecta o eido da familia, da infancia e da adolescencia ten en conta a problemática da emigración galega. Deste xeito a Lei 3/1997, do 9 de xuño, galega da familia, da infancia e da adolescencia prevé no seu artigo 13 certas actuacións integradoras en favor da familia abordadas pola Xunta de Galicia en colaboración coas corporacións locais e cos axentes sociais. Entre eles prevéñense programas de integración para as familias de inmigrantes e a favor das familias galegas asentadas fóra da Comunidade Autónoma. Igualmente se toma en consideración o carácter do emigrante ó establecérense os requisitos dos adoptantes que teñen previsión de retornar a Galicia nos termos establecidos regulamentariamente.

No plano regulamentario o Decreto 42/2000, do 7 de xaneiro, polo que se refunde a normativa reguladora vixente en materia de familia, infancia e adolescencia incorpora certas actuacións integradoras en favor da familia, que no que nos interesa neste intre favorecen de xeito especial a familias galegas asentadas fóra da comunidade, se ben se establece o prazo dun ano dende a data da presentación da solicitude para xustificar a efectiva residencia na Comunidade Autónoma galega. Igualmente nos casos de acollemento preadoptivo os emigrantes galegos só poden

formalizar este acollemento unha vez fixada a súa residencia efectiva en Galicia.

A actuación autonómica de fomento vese plasmada na Orde do 26 de marzo de 1998 pola que se convoca a participación das corporacións locais na execución e desenvolvemento dos proxectos Guieiro e Achego, financiados pola Consellería de Sanidade e Servicios Sociais e o Fondo Social Europeo, dirixidos ó acceso e incorporación dos grupos sociais máis desfavorecidos ós dispositivos de integración social e inserción laboral e a facilita-los procesos de adaptación ou readaptación social e económica ou profesional dos emigrantes retornados, dos inmigrantes e das persoas ameazadas de procesos de exclusión.

Resulta particularmente relevante a creación dun órgano de seguimento e avaliación no seo da Consellería de Sanidade e Servicios Sociais a través da súa Dirección Xeral de Servicios Sociais, que merece unha valoración positiva pola participación das corporacións locais co seu alcalde e o concelleiro en materia de servicios sociais así como dous funcionarios do órgano municipal competente.

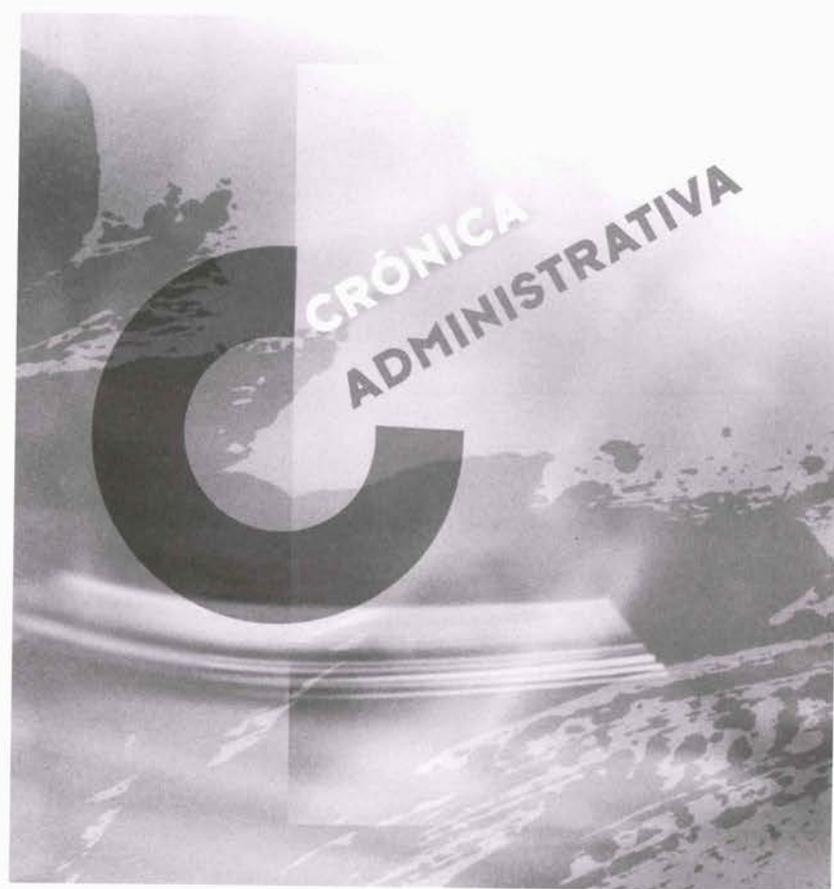
Por último e a título exemplificativo debo analiza-lo contido dunha das ordes anuais que se aproban para regula-los plans e programas a favor dos galegos no exterior, en concreto a Orde do 19 de novembro de 1999 pola que se establecen e regulan os plans e programas de actuacións, axudas e subvencións a favor dos galegos residentes no exterior, para o exercicio de 2000.

Un total de 167 artigos establecen polo miúdo a regulación dos plans, programas de actuacións, axudas e subvencións²⁴. En primeiro lugar establécese un plan de accións asistenciais e sociais que comprende axudas asistenciais individuais, axudas asistenciais a entidades galegas, o programa *vacacións para lembrar*, o programa reencontros e os cursos de terapia ocupacional. No eido das accións formativas establécense axudas para estudos universitarios destinadas a emigrantes galegos ou ós seus descendentes, cursos de especialización, cursos de formación ocupacional e empresarial, cursos de lingua, literatura, historia e cultura galegas.

No ámbito do plan de accións culturais abórdase un programa que contén concursos públicos culturais de artigos xornalísticos, redaccións, contos, vídeo, pintura, debuxo, fotografía e de interpretación de gaiteiros solistas, axudas para a realización de actividades asociativas e culturais, accións informativas na Galicia exterior, dotacións para bibliotecas, cursos de danza, música e confección de traxes tradicionais, e unha categoría residual de cursos extraordinarios.

²⁴ Para unha análise das actuacións da Xunta nesta materia pode consultarse o traballo de Fernando AMARELO DE CASTRO: «As comunidades galegas no exterior», publicado no volume colectivo *Estudios sobre o Estatuto Galego*. Xunta de Galicia. 1991. Santiago de Compostela.

Atendendo ás accións xuvenís a orde deseña actividades de campamento, cursos de animación xuvenil e dotación de equipamentos deportivos. Por último o plan de asistencia estrutural, funcional e de equipamento de centros prevé programas de axudas para a rehabilitación de locais e instalacións dos centros e para promoción de novos centros asistenciais, axudas para mellora-las dotacións e equipamentos dos centros, para mellora-los equipamentos dos grupos folclóricos dos centros e de instrumentos musicais e para equipamentos de informática e comunicación. 



CURSO DE VERÁN SOBRE A NOVA LEI DE ESTRANXEIRÍA

(Sada, 27 e 28 de xullo de 2000)

Enrique Diego Fernández Pérez

Bolseiro da EGAP

Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública destacou a importancia da adaptación da nosa lexislación en materia de estranxeiría ós compromisos asumidos por España nas súas relacións internacionais, en concreto ós acordos chegados en Tampere en outubro de 1999, partindo sempre da premisa das condicións de igualdade. Búscase con estas reformas lexislativas anticiparse ó que sucederá en anos futuros e que xa vén acontecendo, pois pode considerarse o fenómeno da inmigración no noso país como un feito estrutural ó ser destinatario de numerosos fluxos migratorios e punto de tránsito cara ó resto da Unión Europea.

Jacinto Gil Rodríguez, catedrático de dereito civil na Universidade do País Vasco foi o primeiro relator da mañá do día 27 na que explicou os aspectos fundamentais da conservación e perda da nacionalidade española. A estranxeiría consiste –así se define– na carencia daquela nacionalidade concreta que se toma como referencia (art. 1.1 LO 4/2000). Iso quere dicir que, o que é ‘estranxeiría’, pode ser ‘nacionalidade’ dende outro punto de vista.

Ó principio o Código civil dispuxo concisa e rotundamente que «a calidade de español pérdese por adquirir natureza en país estranxeiro». En cambio, a Constitución de 1931 asocia a perda unicamente á naturalización 'voluntaria'. O art. 22/1954 do código, dunha parte, incorpora aquela necesidade de 'voluntariedade na adquisición'; e, por outra, establece outros condicionantes específicos –similares ós hoxe vixentes–. O art. 23/1982 reordena as posibilidades de perda, e separa as hipóteses do emancipado que «adquire voluntariamente outra nacionalidade» e do que a tivese atribuída «dende a súa menor idade». Os primeiros deixan de ser españois, se no momento da adquisición –suposta a voluntariedade e a emancipación– completan tres anos de residencia fóra de España; os segundos, dotados dunha nacionalidade 'forte', soamente a perden se renuncian a ela. Por último, reunífanse as hipóteses, ó equípara-la 'utilización exclusiva' á 'adquisición voluntaria'. Coa súa respectiva premisa, a perda consúmase ós tres anos da emancipación ou da adquisición, se se mantén a residencia habitual no estranxeiro. Ademais 'e de se-lo caso', ofrécese a posibilidade de renuncia.

Outro tema de grande importancia refírese á compatibilidade da nacionalidade española respecto dalgúns países. Esta idea arrinca da Constitución de 1931: «Nestes mesmos países (Portugal e hispánicos de América, comprendido o Brasil), se as súas leis non o prohiben, ..., poderán naturalizarse os españois sen perde-la súa nacionalidade de orixe» (art. 24). Pero o código supedita a conservación ó Tratado: «... a adquisición da nacionalidade dun país iberoamericano ou das Filipinas non producirá perda da nacionalidade española cando así se conviñera expresamente co Estado no que se adquira a nacionalidade» (art. 22.IV/1954). O art. 11.3 da Constitución de 1978 recupera a xenerosidade da norma republicana e preceptúa que, nos países iberoamericanos e noutros particularmente vinculados con España, «aínda cando non lles recoñezan ós seus cidadáns un dereito recíproco, poderán naturalizarse os españois sen perde-la nacionalidade de orixe».

O artigo 11 da nosa Constitución remítelle á lei a regulamentación da perda da nacionalidade española, pero deixa dito que o 'español de orixe' non pode ser privado da súa nacionalidade, pode naturalizarse en países iberoamericanos ou outros vinculados particularmente con España, sen perde-la súa nacionalidade. Imperativos que deben conxugarse co dereito a cambiar de nacionalidade (artigo 15 da Declaración universal dos dereitos humanos).

O primeiro requisito para a perda da nacionalidade refírese á imposibilidade de perda «se España se encontrase en guerra» (art. 24.2). O segundo é estar emancipado, que fai referencia á capacidade. Precísase que quen vai perde-la nacionalidade española poida autogobernarse e, en particular, que alcanzara a emancipación. Como para axuiza-la capaci-

dade hai que ter en conta a lei persoal –española–, será abondo calquera tipo de emancipación do código.

Requirir que se posúa outra nacionalidade, significa que se busca autoriza-lo «cambio de nacionalidade», non a «expatriación». Exclúese tanto ‘desnacionalizar’ coma ‘desnacionalizarse’: non sería lexítimo ocasiona-la apatridia, nin sequera por renuncia do interesado. O requisito pode desagregarse en tres esixencias da ‘outra’ nacionalidade, que debe ser auténtica, atribuída ou adquirida correctamente, de conformidade coa lei do respectivo Estado e logo da perda.

Ata 1990, o Código falaba de «residencia» fóra de España; hoxe, a «residencia habitual» apunta inequivocamente ó domicilio fóra do territorio nacional. O requisito compútase no momento en que se adquire a outra nacionalidade ou no que se acada a emancipación e a situación necesita prolongarse durante outros tres anos (art. 24.1 e 2); noutro caso, a residencia apréciase só ó tempo de formula-la renuncia (art. 24.3 CC).

A Lei 18/1990 abre dúas interrogantes: 1ª ¿Se o aínda español regresa ó territorio nacional antes dos tres anos? e, 2ª ¿o país de residencia habitual debe corresponderse –no momento de referencia e, de se-lo caso, durante os tres anos do prazo– coa outra nacionalidade que se precisa? O primeiro problema solúciónase tendo en conta que a desconexión con España precisa manterse –para os efectos de deduci-la vontade de perda durante os tres anos subseguintes á adquisición ou á emancipación–. Polo demais, como o art. 24 esixe, unicamente reside «no estranxeiro», é obvio que o requisito se satisfai ‘permanecendo fóra de territorio español’.

As causas de perda

Conforme o sistema do art. 24 a nacionalidade española pérdese basicamente de dous xeitos: mediante renuncia, que pode utilizarse «en todo caso», e a causa do gozo doutra nacionalidade incompatible coa española. Pero convén diversificar esta segunda modalidade en dúas variantes.

A) *Adquisición voluntaria doutra nacionalidade*

A activación desta causa esixe, ademais da residencia habitual no estranxeiro e a adquisición dunha nacionalidade distinta –e incompatible: art. 24.2.II–, que a dita adquisición a realice, voluntariamente, un español emancipado.

B) *Utilización exclusiva doutra nacionalidade*

Para que poida poñerse en marcha esta causa de perda fai falla que o español «teña atribuída antes da emancipación a nacionalidade estran-

xeira» de que se trate. É indiferente a 'voluntariedade' ou 'involuntariedade' da adquisición; importa só que o suxeito se emancipa como dobre nacional. A causa resulta parcialmente nova. Incorporárase ó código en 1990, pero o 'mecanismo' que pode provoca-la perda recorda excesivamente ó vello «asentamento voluntario», perfilado pola Dirección Xeral a partir de 1965 e repudiado entre 1982 e 1990.

C) *Renuncia á nacionalidade española*

A Lei 18/1990, ademais de configura-la renuncia como vía de abdicación «en calquera caso», eleva a requisito *sine qua non* residir habitualmente no estranxeiro. Ben é verdade que, aquí, non precisa manterse trala renuncia, xa que a perda é inmediata. No demais, a eficacia da renuncia vén igualmente condicionada a que se formule persoalmente por español capaz, que adquirira nacionalidade e que España non se encontre en guerra. A Lei 18/1990 altera os presupostos e o ámbito da renuncia, pero no que fai ás formalidades da declaración limítase a preceptuar que ha facerse «expresamente».

Respecto ó réxime da inscrición da perda establécese que «a perda da nacionalidade prodúcese sempre de pleno dereito, pero debe ser obxecto de inscrición». En caso de non promover-la inscrición da perda o afectado por ela ('interesado'), «o encargado do rexistro (no que se atopa inscrito o nacemento daquel), logo da súa citación, practicará o asentamento que proceda» (art. 67 LRC).

A adquisición ou gozo de nacionalidades compatibles

O sistema de perda –a salvo a renuncia– devén inoperante sempre que a nacionalidade española o sexa «de orixe» e a estranxeira acumulada corresponda a «un país iberoamericano, Andorra, as Filipinas, Guinea Ecuatorial ou Portugal» (art. 24.2º.II; e antes art. 11.3 CE: efectivo dende o 29 de decembro de 1978). Procede advertir que nin a Constitución nin o código 'impoñen' nos referidos supostos a conservación «*sine die*» da nacionalidade española; simplemente a exclúen da ameaza de perda 'aprazada' pola posesión ou utilización da outra, ou o que é o mesmo, fan da española unha nacionalidade 'forte', da que só se poderá desprende-lo dobre nacional 'renunciando expresamente a aquela'.

A dobre nacionalidade

En principio, toda persoa ten dereito dende que nace a unha nacionalidade, pero pode acontecer que algúns resulten beneficiarios de dobre atribución, una «*iure soli*» e outra «*iure sanguinis*», ou ámbalas «*iure sanguinis*», por causa da diversidade nacional dos seus proxenitores. Ademais, cabe que a duplicidade sobreveña por adquisición dunha nova na-

cionalidade, se se trata da dun país co que o Estado de partida ten concertado un tratado de dobre nacionalidade ou se o seu ordenamento autoriza a subsistencia da nacionalidade anterior –sen prazo ningún (nacionalidades compatibles) ou sequera durante o que se precise para que sexa efectiva a perda da primeira nacionalidade (incompatible, pero coexistente durante tres anos: art. 24)–. Unha primeira interpretación entende que esta nova situación de dobre nacionalidade «automática» non é -nin pode ser- institución diversa da examinada dobre nacionalidade «convencional». Segundo ela, é obrigado le-las correspondentes disposicións constitucionais e ordinarias conforme os esquemas daqueles tratados –o constituínte non puido ignorar–, por suposto, cando se dea o caso de dobres nacionais correspondentes ós países que os teñen concertados con España, pero tamén cando o Estado ó que lle corresponda a nacionalidade ‘duplicada’ careza de convenio.

O simple estranxeiro e a estranxeiría privilexiada

A esencia do concepto de estranxeiro –puramente negativo– non está, pois, na pertenza a «outro» estado, senón na alleación ó estado de referencia e no que, polo momento, se encontra ou trata de entrar. Na mesma orde de ideas, a situación de estranxeiría non pode considerarse unívoca, senón diversificada, por unha parte, atendido o feito de que as normas que a regulamentan son, na súa maioría, de orixe interna e difiren dun estado a outro, e, tamén, porque non tódolos estranxeiros reciben, dentro do mesmo estado, idéntico trato. De tal xeito que, xa no terreo normativo, hai que identificar a determinados estranxeiros que poden considerarse «privilexiados».

Ante todo, o dereito internacional público outórgalles estatuto especial ós membros das misións diplomáticas e oficinas consulares, xefes de estado e representantes diplomáticos (convenios de Viena de 1961 e 1963). Outros privilexios encontran orixe nos respectivos tratados, xa subscritos na modalidade bilateral, onde reciben favor os nacionais doutro estado, xa con alcance multilateral e ó obxecto de reforza-la situación de estranxeiros que reúnan unha condición determinada –refuxiados ou apátridas–. A enumeración inclúe tamén os nacionais daqueles estados especialmente vinculados co de referencia, ben por lazos históricos valorados positivamente pola lexislación actual do propio estado, ben por se embarcaren formalmente nun proxecto de converxencia, como ocorre no caso da Unión Europea.

O cidadán comunitario

Non pode falarse aínda dunha auténtica «nacionalidade europea». En primeiro lugar, porque, a falla dun vínculo directo de cada cidadán

coas estruturas do poder político e xurídico da Unión Europea. A dita cidadanía significa actualmente que os nacionais dos restantes estados da Unión gozarán, en calquera deles, dunha «estranxeiría privilexiada», que, polo de agora, se concreta nos aspectos a que se refiren os artigos 17 a 21 do tratado, ou sexa, no «dereito a circular e residir libremente no territorio dos estados membros», o «dereito a ser elector e elixible nas eleccións municipais do estado membro no que resida», o acollemento «á protección das autoridades diplomáticas e consulares de calquera estado membro» no territorio dun terceiro país no que o seu non estea representado e nos dereitos de «petición» ante o Parlamento europeo e de «reclamación» ante o defensor do pobo.

O estranxeiro non comunitario ou de 'terceiros países'

A) O principio de equiparación en dereitos e liberdades

A situación deste 'estranxeiro de a pé', en canto ó recoñecemento dos dereitos fundamentais, está presidida polo art. 13 da Constitución, por canto asegura que 'gozará' «en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei». Mais alá da Constitución e dos tratados internacionais –vinculantes para España– non deberían perderse de vista certos contrastes de principio. Ante todo, a Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo, de estranxeiría –que se propuxo fundamentalmente o control das entradas e estancias en terreo español– e a benéfica infidelidade do seu regulamento tardío (aprobado por RD 155/1996, do 2 de febreiro), onde timidamente se manifesta a necesidade de previ-la marxinación e increméntanse os dereitos a prestacións asistenciais. Pero o contraste é maior, se se pensa no principio secular que continúa a exhibi-lo art. 27 do código.

B) O tránsito da estranxeiría (propia ou paterna) á nacionalidade

Aínda non se pode descarta-la hipótese de acceso á nacionalidade española por persoa que acredite os presupostos de atribución que esixen os artigos 17 e 19 do código ou que chegue a adquirila por outorgamento discrecional de carta de natureza, cando concorran no interesado as circunstancias excepcionais que esixe o art. 21.1, a vía que se lle pon ó alcance do inmigrante para chegar a aproveita-la nacionalidade do país de acollida será a denominada 'adquisición por residencia' a que se refiren os artigos 21 e 22.

A atribución da nacionalidade española

Acaso conveña recordar, entre os requisitos de atribución da nacionalidade *iure adoptionis* que o adoptado ten que ser menor de dezaoitos anos (e estranxeiro). Tratándose de adopcións constituídas por autori-

dade estranxeira constitúe requisito engadido e imprescindible –a súa inobservancia implicará o «non recoñecemento en España como adopción» e a denegación da inscrición no Rexistro Civil– que a entidade pública competente «declárase a idoneidade do adoptante, se este fora español e estivese domiciliado en España no tempo da adopción».

C) A posta a disposición da nacionalidade española

A adquisición por residencia pode considerarse a vía ordinaria de nacionaliza-los inmigrantes, aínda que non hai que esquecer tres cuestións: a) o requisito de que a residencia esixida teña que ser 'legal' (art. 22.3); b) a necesidade de que o interesado 'xustifique' «boa conducta cívica e suficiente grao de integración na sociedade española» (art. 22.4); c) a posibilidade de que o ministro de Xustiza denegue a concesión «por motivos razoados de orde pública ou interese nacional» (art. 21.2). Aínda que a recuperación non lles fora allea ós cambios lexislativos, pode prescindirse da evolución normativa, na medida en que sempre rexeu o principio de que a recuperación unicamente se completa cando se inscribe no Rexistro Civil. O contrario ocorría coa 'perda' que puido producirse no pasado e por causas pretéritas, aínda cando no se inscribira; así que, para calibra-la eficacia dunha perda non inscrita, haberá que recompoñe-lo cadro de vixencias ó instante no que se pretenda producila; para dictaminar unha recuperación, bastará consulta-lo Rexistro Civil. Aínda cando o art. 26 prevé toda recuperación da nacionalidade española, a que «se perdeu» –máis ou menos voluntariamente– e aquela da que «se lle privou» ó interesado, a exposición limitarase á primeira hipótese. Os avatares de interese refrense á esixencia de radicarse en España e á de 'renunciar' á nacionalidade estranxeira.

A recuperación dende o estranxeiro e o concepto de emigrante

A Lei 29/1995, do 2 de novembro, púxolle fin á contestada esixencia de que os emigrantes e os seus fillos acreditasen a súa residencia legal en España cando pretendan recupera-la nacionalidade española que perderon como consecuencia do fenómeno migratorio. Así o proclamou a exposición de motivos, ó sinalar que «o propósito da presente lei é, pois, a supresión do dito requisito cando se trate de emigrantes ou fillos de emigrantes, o que garda harmonía co deber do Estado, conforme o artigo 42 da Constitución, de orienta-la súa política cara ó retorno a España dos traballadores españois no estranxeiro».

De igual xeito, a Lei 18/1990 esténdelle-lo beneficio da dispensa –hoxe exención– ós fillos dos emigrantes, con tal de que estes posuíran nalgún momento da súa vida a nacionalidade española, independentemente do lugar do seu nacemento. Para os 'fillos ou descendentes de es-

pañois' nacidos xa 'estranxeiros', se non aproveitaron o privilexio temporal de adquiri-la nacionalidade dos seus ascendentes exercitando a opción -DT 3ª Lei 18/1990 e 1ª Lei 29/1995: pai ou nai de orixe española e nacido en España-, non queda outra canle de acceso que a adquisición por residencia no prazo dun ano ó amparo do artigo 22.1.f (non existe que o proxenitor sexa 'nacido en España' pero require que teña residencia o propio solicitante).

Os netos ou outros descendentes do emigrante, aínda que naceran españois, non gozarán da exención (que beneficia só os emigrantes e os seus fillos), se pretenden recupera-la nacionalidade española. Haberán de acreditar esta residencia ou obte-la dispensa do ministro de Xustiza, por concorreren neles as circunstancias excepcionais a que condiciona a dispensa o art. 26.1.a) *in fine*.

A inscrición da recuperación

O desexo de recupera-la nacionalidade española ten que facerse de xeito expreso e ser formulado de maneira solemne, precisamente, «ante o encargado do Rexistro Civil» [art. 26.1.b)]. A este respecto, o encargado competente para recibi-la declaración é o do domicilio do interesado e a inscrición practícase á marxe da de nacemento.

Alfonso Villagómez Cebrián, maxistrado e letrado do Tribunal Constitucional fixo o seu relato sobre as características xerais da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre os dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social.

Comezou o seu relatorio coa xestación da lei, que apareceu publicada no BOE o día 12 de xaneiro deste ano, co obxectivo de regular, segundo reza o seu título, os dereitos e liberdades dos estranxeiros e a súa integración social, (pois non contén unha exposición de motivos). Esta lei estivo sometida a un convulso proceso de tramitación parlamentaria na antesala mesma da disolución das Cámaras para as eleccións xerais do 11 de marzo de 2000. Foi así, un dos últimos textos lexislativos aprobados na lexislatura anterior.

Xa que se trata dunha lei con carácter de orgánica, para ser aprobada se precisaba que o fora pola maioría absoluta do Congreso, e nunha votación final sobre o conxunto do proxecto, segundo establece o art. 81.2 da Constitución. Tódalas emendas aprobadas no Senado son rexeitadas en bloque na Cámara baixa, por cento noventa votos en contra e cento cincuenta e tres a favor, quedando o Partido Popular como único defensor do texto aprobado no Senado, o que provoca un fenómeno inédito na nosa experiencia democrática, cal é que se aprobe unha lei desta importancia e transcendencia coa oposición do partido político que sostén o Goberno.

É unha norma que carece de exposición de motivos, o que convén destacar tamén, e non tanto pola rareza que ese dato implica en si mesmo, senón porque privou os operadores xurídicos dun instrumento fundamental para intentar entender mellor un contido que se plasmou en preceptos legais que presentan serios problemas de interpretación.

Respecto ás incorreccións técnicas da Lei de estranxeiría na definición do seu carácter orgánico, probablemente como consecuencia do convulso procedemento de tramitación a que esta lei foi sometida, é tecnicamente moi desafortunada en moitos dos seus preceptos. E, así, para calquera que se acerque a ela resultarán patentes os problemas interpretativos que presenta.

En efecto, comezando polo primeiro dos problemas, hai que dicir que a interpretación da disposición final cuarta da lei, conduce á conclusión de que lle outorga o carácter de orgánico a cincuenta e nove dos sesenta e tres artigos da lei e á totalidade das súas disposicións adicionais, transitorias, derogatorias e finais. Faino ademais dunha forma negativa: «os preceptos contidos nos artigos 10, 12, 13 e 14 non teñen carácter de orgánico, e son dictados en exercicio do disposto no artigo 149. 1. 2º da Constitución». É dicir, véñse dicir que estes catro únicos artigos que non teñen carácter orgánico foron dictados en virtude da competencia exclusiva que lle corresponde ó Estado en materia de nacionalidade, inmigración, emigración, estranxeiría e dereito de asilo. Esta «técnica» de legislar parece casar mal cos criterios que o Tribunal Constitucional sostén sobre a utilización restrictiva deste instrumento normativo que é a lei orgánica.

Por iso considera que é necesario entender restrictivamente o ámbito material reservado ás leis orgánicas. Sobre esta argumentación o Tribunal Constitucional restrinxiu o campo da lei orgánica: unicamente os dereitos fundamentais e liberdades públicas, é dicir, os artigos 15 a 29 precisan ser desenvolvidos mediante lei orgánica (STC 70/1983). Ademais, o termo «desenvolvemento» non significa que todo proxecto de lei que afecte ou incida dalgún xeito nos dereitos ou liberdades esixa lei orgánica, senón soamente cando aborde directamente o desenvolvemento destes, as regulacións frontais dirixidas a completa-la normativa básica desta materia. (STC 6/1982).

Pois ben, a aplicación desta doutrina constitucional á Lei de estranxeiría ha partir do dato incontrovertible de que o artigo 13 da Constitución non se atopa comprendido entre os artigos que autorizan-precisan a utilización deste peculiar instrumento. É certo sen embargo que esta lei, segundo o propio artigo 13, ha regula-los termos en que os estranxeiros poden aproveitarse dos dereitos e liberdades garantidos pola Constitución, e que nesa medida se estaría ante un contido de lei orgánica. Agora ben, o que non é constitucionalmente admisible é que ese

carácter se lle estenda automaticamente a calquera precepto que se inclúa na Lei de estranxeiría, que pode conter, como contén esta, aspectos relacionados coa súa integración social, sen dúbida de grande importancia, pero que non poden ser regulados mediante o instrumento da lei orgánica, na medida en que non son o desenvolvemento directo de dereitos fundamentais en sentido estricto.

Hai outro aspecto ó que lle prestar especial atención e que son as deficiencias da Lei 4/2000 na delimitación competencial entre Estado e comunidades autónomas. Así, as excepcións a ese carácter orgánico dos artigos 10 (dereito ó traballo e á seguridade social), 12 (asistencia sanitaria), 13 (axudas en materia de vivenda, e 14 (dereito ós servizos sociais), posto que se corresponden con artigos da Constitución que non estean sometidos á reserva de lei orgánica, xa que están incluídos na sección segunda do capítulo II do título primeiro e no seu capítulo III : «Dos principios rectores da política social e económica» (art. 30 a 52 CE).

Trátanse, todas elas, de materias nas que en maior ou menor grao esta lei establece unha certa igualdade de dereitos dos estranxeiros cos dos nacionais. O problema é sen embargo que a competencia exclusiva nestas materias non lle corresponde ó Estado senón ás comunidades autónomas, que están, por tanto, constitucionalmente habilitadas para determinar, por exemplo, os destinatarios da súa política de axudas sociais.

O chamado proceso de regularización dos estranxeiros

A disposición transitoria primeira da lei obrigou o Goberno a poñer en marcha un proceso de regularización para todos aqueles estranxeiros que se encontren en España con anterioridade ó 1 de xuño de 1999 e que acrediten ter solicitado ou ter tido permiso de residencia ou de traballo nos últimos tres anos. Deste xeito, continuábase coa tendencia a realizar periodicamente procesos de regularización, coincidindo con ocasión das reformas normativas. Así, o primeiro deles introduciuse na disposición transitoria segunda da LO 7/1985; o segundo, regulado por Acordo do Consello de Ministros do 7 de xuño de 1991, xustificouse coma unha necesidade de complementalo; o terceiro regulouse na disposición transitoria terceira do regulamento aprobado por Real decreto 155/1996, e, o cuarto, que tiña que ser regulado así mesmo mediante real decreto, é consecuencia directa da aprobación da presente lei.

Sen embargo, o caos producido nos primeiros días de entrada en vigor da dita disposición da lei, con grandes aglomeracións de inmigrantes ás portas das dependencias administrativas de varias cidades españolas, obrigou o Goberno, primeiro, a prorrogalo período de regularización extraordinario ata o 31 de xullo de 2000 e, despois, a aceleralo aprobación do Decreto de regularización.

O 18 de febreiro de 2000, o Consello de Ministros aprobou o Real decreto 239/2000, polo que se establece o procedemento para a regularización dos inmigrantes previsto na disposición transitoria primeira da Lei orgánica 4/2000. Esta norma regulamentaria veu desenvolver-lo procedemento para regularizar, mediante a concesión do permiso de residencia ou tarxeta de residente comunitario, a situación dos estranxeiros que se encontran irregularmente en España pero que poden acreditar que se encontraban no país con anterioridade ó 1 de xuño de 1999. Calculábase que esta medida podería afectar preto de 100.000 persoas.

Unha primeira aproximación ó contido da lei revela que o principal destinatario dos mecanismos xurídicos que propician a integración social dos estranxeiros é o inmigrante traballador que a economía española demanda cada vez con maior intensidade. Pero non está claro, a pesar do seu título, se esta lei opta por un modelo de asentamento da poboación inmigrante (ou sexa, pola integración social e estable da poboación inmigrada) ou por unha integración de «ida e volta», ou sexa, por un tipo de inmigración temporal, ou por ámbalas dúas á vez.

A lei, ó delimita-lo seu propio ámbito no art. 1º, considera estranxeiros –e polo tanto, principais destinatarios da lei– a quen careza da nacionalidade española, coa excepción do réxime xurídico aplicable ós nacionais de países da Unión Europea. Agora ben, unha análise máis detida dos preceptos da lei pon de manifesto que, sen embargo, o verdadeiro destinatario, o suxeito «latente», non é tanto calquera estranxeiro senón, especialmente, o estranxeiro inmigrante extracomunitario, con escasos ou nulos recursos económicos. Conforme o artigo 15 da lei, *«sen prexuízo do disposto nos acordos aplicables sobre dobre imposición internacional, os estranxeiros estarán suxeitos, respecto ós ingresos obtidos en España e ás actividades desenvoltas nesta, ós mesmos impostos que os españois»*.

De acordo cos obxectivos que se fixa nesta norma, a Lei orgánica 4/2000 supón un avance respecto da precedente normativa en varios aspectos. O primeiro deles é facilitar, se ben coas deficiencias que destacaremos, a integración social do estranxeiro. Neste sentido, o recoñecemento dos seus dereitos e a aplicación do principio de igualdade, supón un notable avance se o comparamos coa lexislación anterior a esta lei. Resulta todo un síntoma que o enunciado que lle dá título ó artigo 3 se refira á «igualdade cos españois e interpretación das normas», de tal sorte que, segundo reza o citado precepto legal, *«os estranxeiros gozarán en España, en igualdade de condicións que os españois, dos dereitos e liberdades recoñecidos no título primeiro da Constitución e nas súas leis de desenvolvemento, nos termos establecidos por esta lei»*.

Aínda reflectindo o citado texto o contido do artigo 13. 1 da Constitución española (os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garanta o presente título nos termos que se establezan nos

tratados e na lei) e a doutrina do Tribunal Constitucional (especialmente interesantes son as sentencias 107/1984, 99/1985 e 115/1987), a súa énfase na idea de que tales dereitos se gozan «en igualdade de condicións que os españois», anuncia, como en efecto ocorre ó longo dos preceptos da lei que se encontran agrupados no seu título primeiro, un tratamento moito máis favorable para os estranxeiros no referido á garantía dos seus dereitos e liberdades, tanto en relación cos dereitos fundamentais, coma con outros dereitos constitucionais e específicos (por exemplo o novo «dereito á documentación») ou os dereitos sociais.

A lei fai depender certos dereitos da situación administrativa do estranxeiro. Así, só os residentes teñen dereito ó sufraxio nas eleccións municipais (artigo 6), a promoveren asociacións (artigo 8), á liberdade de ensino, á creación e dirección de centros de educación (artigo 9.3), dereito ás axudas en materia de vivenda (artigo 13), a prestacións da Seguridade Social, ós servizos sociais non básicos (artigo 14) e ó reagrupamento familiar (artigos 16 e 17). Por último, cabe recordar que a Lei orgánica 4/2000 creou outra categoría de estranxeiro, a daqueles que se encontran inscritos no padrón municipal, que, aínda non sendo residentes, teñen dereito a elixir os seus propios representantes para que «tomen parte nos debates e decisións municipais que lles concirnen» (artigo 6.2), á asistencia sanitaria (artigo 12) e ás axudas en materia de vivenda en igualdade de condicións que os españois (artigo 13).

Por iso, a xuízo do relator, un dos aspectos que tal vez sexan máis positivos da Lei orgánica 4/2000 é a da atención especial que nela se lles dedica ás garantías xurídicas, ó recoñecer, por unha parte, o dereito a recorrer contra tódolos actos administrativos e as resolucións en materia de estranxeiría (artigos 19 e 59) e, por outra, ó reclamar, no seu capítulo IV, garantías para combater a discriminación dos estranxeiros.

O capítulo de garantías cérrase co artigo 20 que, no seu apartado 2º, recoñece o dereito á asistencia xurídica gratuíta para tódolos estranxeiros que se encontren empadroados en igualdade que os españois. Así, no número 1, establécese a asistencia letrada de oficio e de intérprete nos procedementos administrativos e xudiciais en materia de asilo e en todos aqueles que poidan leva-la denegación da súa entrada ou da súa expulsión ou saída do territorio español. Son as dúas novidades deste precepto que convén resaltar.

O segundo obxectivo da Lei orgánica 4/2000 foi o da integración social dos estranxeiros, tal como se propugna no texto legal. Un obxectivo que non resulta fácil de concretar, pois pensando no groso dos destinatarios da lei, o obxectivo da «integración social» dos estranxeiros (inmigrantes) non deba concibirse á maneira dun contrato de adhesión do estranxeiro-inmigrante a todos e cada un dos aspectos da sociedade de acollida, senón que habería de ser visto, en primeiro termo, coma un

proceso interactivo entre as comunidades e os pobos, de tal sorte que ha supor tamén cambios nas condicións de vida da sociedade de acollida. Dito en palabras chás: a sociedade de acollida debería estar disposta a xestionar esa interacción que todo proceso de integración social rectamente entendido implica.

Porque, en efecto, cada vez máis se fai evidente que o sistema inaugurado pola Declaración universal dos dereitos humanos de 1948, a Convención de Roma de 1950, ou os Pactos Internacionais de 1966, está deixando paso a un sistema xurídico global que tende a garantir con máis detalle os dereitos culturais dos individuos e dos colectivos que comparten un modelo cultural diferente ó subxacente no dereito occidental tradicional. Dende estes presupostos non bastaría xa coa extensión dos dereitos individuais consagrados no constitucionalismo clásico a todo tipo de persoas, independentemente de que estas pertencen a unha minoría cultural, nacional ou étnica. A crenza de que iso basta para asegurala súa integración e a convivencia pacífica está cada día máis cuestionada. De aí que se poida falar dun conxunto de normas que acentúan a importancia dos dereitos culturais das diferentes minorías, como o Convenio internacional sobre eliminación de tódalas formas de segregación racial, de 1965, ou o Convenio marco para a protección das minorías.

Resulta criticable, polo tanto, que a Lei orgánica 4/2000, lles impoña ós estranxeiros certas pautas culturais como condición para outorgarlle-lo gozo de determinados dereitos. Así ocorre cunha das pretendidas novidades máis importantes da lei : a reagrupación familiar (capítulo II). O artigo 16 só parece outorgarlle esta posibilidade á cónxuxe que adquirira a residencia en España, no artigo 17, apartado a), cando fai depende-la concesión do permiso de residencia ós parentes do estranxeiro residente sempre que se cumpran a serie de requisitos que alí se establecen («sempre que non estivera separado de feito ou de dereito...») «En ningún caso poderá reagruparse máis dun cónxuxe aínda que a lei persoal admita esta modalidade...» «Os fillos do residente e do cónxuxe...»).

Neste sentido, a Lei de estranxeiría de 2000 marcou, con tódalas súas deficiencias técnicas, un punto de non retorno e ben será que, a partir deste texto, e dos vindeiros que a sucedan, dea comezo un crecemento da conciencia social respecto a este problema que, sen dúbida, é o problema do século XXI.

Belén Caballud Hernando, técnica do Corpo Superior de Administradores Civís do Estado fixo o seu relatorio sobre os procedementos administrativos que regulan a entrada e saída do territorio nacional, o réxime de visados, permisos de traballo e de residencia.

Así, comezou distinguindo dous réximes xurídicos diferentes:

1. *Réxime xeral*, contido basicamente na Lei orgánica 4/2000 do 11 de xaneiro sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa

integración social, e o Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985 do 1 de xullo, aprobado polo Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro, en todo o que non se lle opoña á anteriormente citada Lei orgánica 4/2000. Este réxime é de aplicación ós nacionais de terceiros estados que non sexan familiares de nacionais do Espacio Económico Europeo ou de españois e supletoriamente ós nacionais do Espacio Económico Europeo e ós seus familiares.

2. *Réxime comunitario*, contido no Real decreto 766/1992, do 26 de xuño, modificado polo Real decreto 737/1995, do 5 de xuño, e polo Real decreto 1710/1997, do 14 de novembro, que lles é de aplicación ós nacionais do Espacio Económico Europeo, ós seus familiares así como familiares de españois, sempre que ámbolos dous casos se encontren incluídos nas categorías establecidas no artigo 2 do mencionado real decreto.

O título II da Lei orgánica 4/2000, relativo ó réxime xurídico das situacións dos estranxeiros, dedícalle o seu capítulo primeiro, artigos 23 a 26, á entrada e saída do territorio español. Hai que ter en conta ó respecto o Convenio de aplicación do Acordo de Schengen así como o regulamento aprobado polo citado Real decreto 155/1996 en todo aquilo que non se lle opoña á lei.

Os artigos 23 e 24 da Lei orgánica 4/2000, establecen o réxime xeral de entrada en España por fronteira exterior, e determinan que todo estranxeiro que pretenda entrar en España deberá facelo polos postos habilitados para o efecto e cumprir ademais unha serie de requisitos:

1. Encontrarse provisto do pasaporte ou documento de viaxe que acredite a súa identidade, que se considere válido para tal fin en virtude de convenios internacionais subscritos por España.

2. Acreditar medios de vida suficientes para o tempo que pretenda permanecer en España.

3. Visado, salvo nos casos en que se estableza o contrario nos convenios internacionais subscritos por España. Non será esixible o visado cando o estranxeiro sexa titular dunha autorización de residencia en España ou documento análogo que lle permita a entrada en territorio español. (Schengen)

4. Non ter vixente a prohibición de entrada en virtude dunha resolución de expulsión nin ter prohibida a entrada en país ningún co que España teña asinado convenio en tal sentido, (sistema de información Schengen).

5. Xustificación dos motivos da solicitude de entrada, este é un requisito non previsto na Lei orgánica 4/2000, pero é unha esixencia do Convenio de aplicación do Acordo de Schengen, e encóntrase recollido no artigo 36 do Real decreto 155/1996.

6. De se-lo caso, certificado sanitario.

Non obstante, existen unhas excepcións que recolle a Lei orgánica 4/2000, respecto á posible entrada de estranxeiros que non cumpran estes requisitos:

■ Estranxeiro que no momento da súa entrada en España solicite acollerse ó dereito de asilo, concesión que se rexerá polo disposto na súa normativa específica.

■ Estranxeiro que non reúnan os requisitos establecidos nos parágrafos anteriores poderán ser autorizados a entrar cando existan razóns excepcionais de índole humanitaria, interese público ou cumprimento de compromisos adquiridos por España. Nestes casos, faráselle entrega ó estranxeiro da documentación que se estableza regulamentariamente.

Respecto á autorización de entrada se a documentación é encontrada conforme e non existe prohibición ou impedimento para a entrada do titular, estamparase no pasaporte ou título de viaxe o selo, signo ou marca de control establecido, salvo que as leis internas ou tratados internacionais en que España se parte prevexan o non estampado, co que, logo da devolución da documentación, quedará franco o paso ó interior do país.

En caso de que un estranxeiro non cumpra os requisitos esixidos para a entrada nin se encuentre nalgunha das circunstancias descritas, seralle denegada mediante resolución motivada, con información acerca dos recursos que poida interpoñer contra ela, prazo para facelo e autoridade ante quen debe formalizalo, e do seu dereito á asistencia letrada e intérprete. A resolución que denega a entrada en territorio nacional, que non esgota a vía administrativa pode recorrerse en alzada ante o director xeral da Policía. A entrada por fronteira interior non aparece regulada na Lei orgánica 4/2000, senón no artigo 22 do Convenio de aplicación de Schengen e no artigo 42 do Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985. Terán a obriga de declara-la entrada ante as autoridades policiais españolas os estranxeiros que entren en territorio español e procedan dun estado co que España asinara un acordo de supresión de controis fronteirizos (Acordo de Schengen). A declaración deberá realizarse no momento de efectua-la entrada no posto policial existente na fronteira. No caso de que non exista este posto policial a declaración de entrada deberá efectuarse en calquera comisaría de policía no prazo máximo de setenta e dúas horas a partir do momento da entrada en España.

Por outra banda, o artigo 26 da lei orgánica establece que as saídas do territorio español poderán realizarse libremente, excepto nos casos previstos no Código penal e na citada lei. Concretamente, a saída será obrigatoria nos seguintes supostos: a) expulsión do territorio español por orde xudicial, nos casos previstos no Código penal. b) Expulsión ou devolución acordadas por resolución administrativa nos casos previstos na presente lei. c) Delegación administrativa das solicitudes formuladas

polo estranxeiro para continuar permanecendo en territorio español, salvo que a solicitude se realizara ó amparo do artigo 29.3. O problema fórmulase en tanto que non distingue se cabe soamente saída obrigatoria en caso de denegación da solicitude de renovación de documentación de residencia.

Excepcionalmente, o ministro do Interior poderá prohibir a saída do territorio español por razóns de seguridade nacional ou de saúde pública. A instrucción e resolución dos expedientes de prohibición terá sempre carácter individual.

En relación cos visados hai que precisar que tódolos estranxeiros que se propoñan entrar ou, entrar e residir en territorio español deberán ir provistos do correspondente visado, validamente expedido e en vigor. Salvo os supostos exceptuados na normativa, ou en virtude do previsto en tratados ou convenios internacionais.

De conformidade co previsto no Convenio de aplicación do Acordo de Schengen de 1990, na Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, e no regulamento aprobado polo Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro, establécese o seguinte respecto ó réxime xurídico dos visados (tipos, efectos, procedemento para a súa obtención):

Tipos de visados

1. Visado de tránsito.- Permiten transitar unha, dúas, ou excepcionalmente varias veces, poden ser de tránsito portuario ou aeroportuario e de tránsito territorial.

2. Visado de estancia.- Son aquelas que se conceden a un estranxeiro que desexa permanecer en España ata tres meses por semestre. Pode ser visado de viaxe ou para estancia de curta duración, visado de circulación múltiple, visado de cortesía, de estudos.

3. Visado de residencia.- Son aqueles que se lles poderán conceder ós estranxeiros que desexen trasladar a súa residencia a España. Podemos distinguir, visado de residencia para reagrupación familiar, de residencia para traballo, para exercer unha actividade exceptuada da obriga de obter un permiso de traballo, para asilo, de residencia non lucrativos.

4. Visados por circunstancias excepcionais.- O Ministerio de Asuntos Exteriores pode, excepcionalmente, e de conformidade cos acordos internacionais subscritos por España, encomendar a expedición de visados en fronteira.

Respecto ós efectos da obtención dun visado é importante sinalar e matizar os efectos que produce a obtención dun visado, con especial incidencia no visado de residencia, en tanto que adoita ser confundido como un documento suficiente en si mesmo para entrar e para residir no noso país. Así o visado permite a entrada en España, sempre que se

cumpran os demais requisitos esixidos para isto polo ordenamento xurídico, habilita para solicita-lo correspondente permiso de traballo e residencia ou permiso de residencia e as autoridades gubernativas non quedan vinculadas na súa actuación posterior pola concesión deste tipo de visado.

En relación coa excepción ó visado de residencia, o artigo 25.1 da Lei orgánica 4/2000, establece que este será expedido polas misións diplomáticas e oficinas consulares de España e excepcionalmente, por motivos humanitarios, de colaboración coa xustiza ou de atención sanitaria, poderán ser eximidos polo Ministerio do Interior da obriga de obter o visado os estranxeiros que se encontren en territorio español e cumpran os requisitos para obter un permiso de residencia.

O capítulo segundo do título segundo da Lei orgánica 4/2000, sobre as situacións dos estranxeiros regula nos artigos 27 a 32 a estancia e a residencia dos estranxeiros. Así mesmo no estudio da tipoloxía, requisitos e características fundamentais dos permisos de residencia hai que aplicar igualmente o articulado correspondente do regulamento aprobado polo Real decreto 155/1996, en todo aquilo que manteña a vixencia.

Os estranxeiros poderán encontrarse en España nas situacións de estancia, residencia temporal e residencia permanente. A estancia é a permanencia en territorio español por un período de tempo non superior a noventa días. Transcorrido este tempo, para permanecer en España será preciso obter ou unha prórroga de estancia ou un permiso de residencia. Así a prórroga de estancia pódena solicita-los estranxeiros que se encontran en situación de estancia, é dicir, aqueles que sen seren titulares dun permiso de residencia, están autorizados para permanecer en España por un prazo non superior a tres meses nun período de seis.

O permiso de residencia autoriza o seu titular a residir no noso país e a circular libremente por el, salvo o previsto no artigo 4 da Lei orgánica 4/2000, así como a circular durante un período de tres meses polo Espacio Schengen. Atendendo a diferentes criterios pódense distinguir diferentes tipos de permisos. Segundo a súa duración ou vixencia, os permisos de residencia pódense clasificar en temporais e permanentes, artigos 27, 29 e 30 da Lei orgánica 4/2000.

A Lei orgánica 4/2000, tamén distingue tendo en conta as causas polas que se accede a un permiso de residencia, así, pódese falar de permiso de residencia de reagrupación familiar, permiso de menores estranxeiro, permiso para estudos, para apátridas e permiso obtido en virtude da regularización do artigo 29.3 da Lei orgánica 4/2000.

En relación coa residencia de apátridas e refuxiados o artigo 31 da Lei orgánica 4/2000, establece que os estranxeiros que carezan de documentación persoal, e acrediten que o país da súa nacionalidade non lle recoñece esta, poderán ser documentados cunha tarxeta de identidade,

recoñecéndoselles e aplicándoselle-lo Estatuto de apátrida, conforme o artigo 27 da Convención sobre o Estatuto de apátridas, gozando do réxime específico que se determine regulamentariamente.

Os estranxeiros desprazados que sexan acollidos en España por razóns humanitarias ou a consecuencia dun acordo ou compromiso internacional, así como os que tivesen recoñecida a condición de refuxiado, obterán a correspondente autorización de residencia. Hai que ter en conta que a apatridia é diferente á situación de indocumentado, por isto seguen vixentes os artigos 63 e 64 do regulamento aprobado polo Real decreto 155/1996 relativos á cédula de inscrición e ó título de viaxe.

Outro punto que hai que considerar é o réxime dos permisos de traballo e residencia que se encontra regulado no capítulo segundo do título segundo, artigos 33 a 42. O artigo 33 fixa como criterio xeral a existencia de obter un permiso de traballo para traballar ó determinar que os estranxeiros maiores de dezaseis anos que desexen exercer calquera actividade lucrativa laboral ou profesional en España deberán obter unha autorización administrativa para traballar ou o permiso de traballo. Especifica dentro do procedemento administrativo de tramitación e resolución do permiso de traballo e residencia, os requisitos que deben reunirse para a obtención da parte laboral deste permiso unificado, distinguindo claramente entre traballo por conta propia e por conta allea.

Así mesmo, a Lei orgánica 4/2000 determina que o Goberno, logo da audiencia do Consello Superior de Política de Inmigración e das organizacións sindicais e empresariais máis representativas, establecerá anualmente un continxente de man de obra no que se fixará o número e as características das ofertas de emprego que se lles ofrecen ós traballadores estranxeiros non residentes en España, con indicación dos sectores e actividades profesionais, e estableceranse unhas excepcións a este.

Rematou este relatorio sinalándose que a Lei orgánica 4/2000 establece previsións específicas respecto a dúas situacións laborais concretas, os traballadores por temporada e os traballadores transfronteirizos (artigos 41 e 42).

O primeiro relatorio da tarde realizouno Manuel Iglesias Cabero, maxistrado do Tribunal Supremo que falou sobre o dereito ó traballo dos estranxeiros. Comezou a súa exposición para incidir en que, basicamente, a normativa actual sobre estranxeiros encontrámola na Constitución e na Lei orgánica 4/2000. A norma fundamental dispón no seu artigo 13 que «os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei». A L.O. 4/2000, que derogou expresamente a L.O. 7/85, do 1 de xullo, equipara no seu artigo 3 os españois e os estranxeiros no gozo dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución e nas súas

normas de desenvolvemento; «as normas relativas ós dereitos fundamentais dos estranxeiros interpretaranse de conformidade coa Declaración universal de dereitos humanos e cos tratados e acordos internacionais sobre estas mesmas materias en España, sen que poida alegarse a profesión de crenzas relixiosas ou conviccións ideolóxicas ou culturais de signo diverso para xustifica-la realización de actos ou conductas contrarios a estas».

A propia lei reconece a favor dos estranxeiros, nos seus artigos 10, 11 e 12, o dereito a exercer unha actividade remunerada por conta propia ou allea, así como o acceso ó sistema da Seguridade Social, nos termos legalmente previstos, ós dereitos de sindicación e folga e ós servizos sociais. Posto que o artigo 35 da Constitución encóntrase incluído no título I da norma fundamental, tamén lles ofrece a súa garantía ós estranxeiros, que terán en España «o deber de traballar e o dereito ó traballo, á libre elección de profesión ou oficio, á promoción a través do traballo e a unha remuneración suficiente para satisfacer as súas necesidades e ás da súa familia, sen que en ningún caso poida facerse discriminación por razón de sexo». Por esa mesma razón, os estranxeiros terán dereito a sindicárense libremente e a declarárense en folga (artigo 28 da Constitución), así como os dereitos de negociación colectiva e de adoptaren medidas de conflito colectivo (artigo 37 da mesma norma).

O Estatuto dos traballadores alude ós estranxeiros no artigo 7,c) para dicir que poderán contrata-la prestación do seu traballo, de acordo co disposto na lexislación específica sobre esta. O artigo 69 da Lei estatutaria reconécelles ós traballadores estranxeiros o dereito a seren electores e elixibles, en igualdade de condicións que os traballadores españois.

A Lei xeral da Seguridade Social do 20 de xuño de 1994, ó tratar no artigo 7 da extensión do campo de aplicación do sistema da Seguridade Social, dispón que, con respecto a nacionais de países que non sexan os de Hispanoamérica, Portugal, o Brasil, Andorra e as Filipinas, estarase ó que dispoñan os tratados, convenios, acordos ou instrumentos ratificados, subscritos ou aprobados para o efecto, ou a canto lles fora aplicable en virtude de reciprocidade tácita ou expresamente reconecida.

No Convenio nº 97 da OIT, do 2 de xullo de 1949, ratificado por España o 23 de febreiro de 1967, reconécese o dereito de libre circulación de traballadores cunha grande amplitude, garantindo a igualdade de condicións para tódolos traballadores, nacionais e estranxeiros, sen discriminación por razón de nacionalidade, raza, relixión ou sexo, no referente á remuneración e condicións de traballo, á afiliación a organizacións sindicais, vivenda e Seguridade Social. O convenio non lles é aplicable ós traballadores fronteirizos, á entrada por un curto período de artistas e de persoas que exerzan unha profesión liberal, nin á xente de mar.

Por outra banda a capacidade para traballar non se adquire ata os 16

anos, salvo casos excepcionais para intervir en espectáculos públicos e con autorización especial, así que tampouco os estranxeiros menores desa idade poden contrata-la prestación dos seus servicios e traballar en España. Así pois, en principio, os estranxeiros maiores de 18 anos e os menores desa idade pero maiores de 16 que vivan de forma independente, con coñecemento dos seus pais ou titores ou coa autorización da persoa ou institución que os teña ó seu cargo, poden contrata-la prestación do seu traballo. Pero o aproveitamento da plena capacidade de obrar dos estranxeiros non basta para habilitalos a contratar persoalmente a prestación de servicios; é necesario, ademais, que se cumpran as esixencias dos artigos 33 e seguintes da L.O. 4/2000, para traballar por conta propia o allea, e desenvolver en España unha actividade lucrativa laboral ou profesional.

As condicións legalmente impostas poden resumirse así: ter cumpridos os 16 anos de idade, equiparándose neste aspecto ós nacionais; autorización administrativa para traballar ou permiso de traballo; no procedemento administrativo sobre permisos de traballo é obrigatorio observa-las garantías xerais de contradicción, audiencia ó interesado e motivación da resolución, e respectar en todo caso o principio de igualdade.

Se o estranxeiro tivera o propósito de traballar por conta propia ou allea, exercendo unha profesión para a que se esixa titulación especial, a concesión do permiso de traballo condicionarase á posesión e, se é o caso, homologación do título correspondente.

A actual lexislación condiona a concesión dos permisos de traballo á situación nacional do emprego, e procura evita-la inmigración de persoas que pretenden desenvolver traballos solicitados por traballadores españois. Os artigos 35 e 37 da lei refírense a este problema, ó dispoñeren que a concesión inicial do permiso de traballo para prestar servicios por conta allea, dependerá da situación nacional do emprego; para tal efecto, o Goberno, logo da audiencia do Consello Superior de Política de Inmigración e das organizacións sindicais e empresariais máis representativas, establecerá anualmente un continxente de man de obra no que se fixará o número e as características das ofertas de emprego para os traballadores estranxeiros non residentes en España, con indicación dos sectores e actividades profesionais. Como se ve, trátase dunha cláusula de salvagarda dos intereses dos traballadores españois, a quen se lles outorga un dereito preferente, aínda que sexa de xeito xenérico, para acceder a un emprego.

Outro aspecto que hai que considerar é que o noso dereito positivo non impón ningún tipo de formalidade para a realización do contrato de traballo, polo menos como requisito *ad solemnitatem*, de xeito que tamén nisto rexe o principio espiritualista que para a contratación instau-

rou o ordenamento de Alcalá, no sentido que «de calquera maneira que o home se obrigue, queda obrigado», pero xa se viu que a contratación dos estranxeiros requírese logo da autorización administrativa ou do permiso de traballo, e o que se pretende é saber qué consecuencias prácticas poden alcanzar na relación laboral pola falta deses requisitos previos. A Sentencia do Tribunal Supremo do 27 de novembro de 1989, seguindo esa mesma norma doutrinal, declarou que se o demandante, dende a data do seu cesamento na empresa carece de permiso de residencia de traballo, sen a concorrencia destes requisitos non poden os tribunais da orde social da xurisdicción impoñer-la continuación da relación laboral no que se traduce a readmisión e a condena ó aboamento dos salarios deixados de percibir, sen vulnera-lo artigo 15 da L.O. 7/85.

O contrato de traballo dos traballadores estranxeiros queda así sometido a unha duración esencialmente temporal, a da vixencia dos permisos de residencia e de traballo confiados á Administración; por isto a súa extinción non entraña un despedimento senón a terminación do contrato conforme a causa prevista no artigo 49.2 do Estatuto dos traballadores. A solución que adoptaron as sentencias citadas, con fundamento en preceptos positivos, non perdeu sentido despois de publicarse a Lei 4/2000, aínda que a lectura do artigo 33.3 puidera inducirlas teses contrarias. O artigo citado dispón que «os empregadores que contraten un traballador estranxeiro deberán solicitar e obter autorización previa do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais. A carencia da correspondente autorización para contratar por parte do empregador, sen prexuízo das responsabilidades a que dea lugar, non invalidará o contrato de traballo respecto ós dereitos do traballador estranxeiro». O precepto está a lles preve-lo incumprimento dunha obriga imposta ós empresarios; non se refire a irregularidades na situación dos traballadores estranxeiros.

Outro tema que convén tratar é os dos traballadores comunitarios e o dereito de libre circulación, así as previsións dos tres tratados sobre a libre circulación consagrouse definitivamente na Acta única europea. A libre circulación é un dereito dos cidadáns comunitarios na que se encarna, de maneira moi significativa, o principio de igualdade e de non discriminación entre os cidadáns dos estados membros. O principio supón e reclama un tratamento igual para os cidadáns da Unión Europea no que concirne ó establecemento, emprego, condicións de traballo e salario, sen que en ningún caso poida erixirse en factor diferenciador a nacionalidade dos suxeitos, incluso para fixa-lo lugar de residencia.

O Tratado da C.E.E. prohíbe toda discriminación por razón da nacionalidade ó tempo que lles garante o dereito de residencia ós traballadores inmigrantes que fosen admitidos a título permanente e ós membros da súa familia que foran autorizados a acompañalos ou a reunírense con eles; estas persoas non poderán ser enviadas ó seu territorio de orixe ou

de procedencia cando, por motivos de enfermidade ou accidentes sobrevindos despois da chegada, o traballador migrador non pode exercer un oficio, agás que a persoa interesada o desexe ou que así o estableza un acordo internacional no que sexa parte o estado membro. Isto mesmo é o que pode lerse no artigo 8.1 do Convenio nº 97 da OIT que ratificou España.

O T.X.C.E. declarou en repetidas ocasións (Sentencia do 13 de abril de 2000. Caso Lehtonen, xogador de baloncesto) que os conceptos de actividade económica e de traballador non poden ser interpretados con criterio restrictivo. A mesma sentenza da conta do que debe entenderse por traballador: concorre tal condición nunha persoa que realiza, durante certo tempo, a favor doutra e baixo a súa dirección certas prestacións polas cales percibe unha remuneración.

Polas diferencias esenciais que se aprecian en dous grandes grupos de posibles beneficiarios de prestacións da Seguridade Social, parece aconsellable tratar por separado a problemática dos estranxeiros en xeral e dos cidadáns comunitarios:

■ Traballadores estranxeiros non comunitarios.

Para precisa-la orde das fontes reguladoras desta materia, o Tribunal Supremo proclamou con reiteración a primacía dos tratados internacionais sobre as normas de dereito interno, por virtude do disposto nos artigos 10 e 96 da Constitución. A primacía dos tratados internacionais validamente realizados e publicados oficialmente en España, alcanza incluso a Constitución, como se deduce do que establece o seu artigo 95.1, xa que «a realización dun tratado internacional que conteña estipulacións contrarias á Constitución será esixible logo da revisión constitucional».

Polo que se refire á asistencia sanitaria ós estranxeiros, a Sentencia do Tribunal Constitucional 95/2000, do 10 de abril, declarou infundada a denegación de asistencia sanitaria da Seguridade Social a unha estranxeira que convive en unión estable de feito cun cidadán español. Recordamos a sentenza que o mantemento do sistema público da Seguridade Social (artigo 41 da Constitución) e o recoñecemento do dereito á saúde (artigo 43) comportan a obrigaición dos poderes públicos de organizar e tutela-la saúde coas medidas, prestacións ou servizos necesarios. De todo isto, e do que dispón o artigo 13.1 da Constitución, dedúcese o dereito dos estranxeiros a beneficiárense da asistencia sanitaria nas condicións fixadas polas normas correspondentes, e á mesma conclusión se chega pola vía do artigo 3 da L.O. 4/2000, que establece que os estranxeiros gozarán en España, en igualdade de condicións que os españois, dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución e nas leis de desenvolvemento.

■ Traballadores comunitarios.

Parte da base de que o dereito comunitario, a pesar do seu efecto directo e do principio de primacía, non impuxo unha ordenación uniforme dos sistemas de protección da Seguridade Social en tódolos estados membros. Pero se non houbera máis dereito que o de cada estado, coas súas naturais diferencias, a libre circulación quedaría seriamente comprometida; non se trata de unificar sistemas, senón de harmonizalos, para derriba-las barreiras que impidan a libre circulación polo territorio comunitario.

As persoas que desenvolven noutro estado membro outra actividade por conta propia ou allea, os pensionistas, estudantes, turistas e outros grupos que encontraran protección no sistema da Seguridade Social do estado membro de acollida, verían gravemente ameazado o dereito de libre circulación se non se lles dera un trato igual en todo o territorio da Unión Europea. Iso xustifica unha normativa propia da comunidade en materia de seguridade social que se contén, basicamente, nos regulamentos 1408/71 e 574/72, coas modificacións posteriores.

O último relato desta tarde foi realizado por Carlos Guervós Maillou, técnico do Corpo Superior de Administradores Cívís do Estado que falou das infraccións e sancións administrativas en materia de estranxeiría, a regularización da situación e a expulsión.

O título III da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, atópase integramente dedicado ás infraccións en materia de estranxeiría e ó réxime sancionador destas como ilícitos administrativos, iniciándose este título cunha referencia ó marco legal no que se encadra o exercicio da potestade sancionadora da Administración pola comisión destas infraccións, exercicio que debe axustarse ó disposto na propia Lei orgánica 4/2000 e nas súas disposicións de desenvolvemento, e na Lei 30/1992, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (artigo 46 da Lei orgánica 4/2000).

A continuación, a Lei orgánica 4/2000 clasifica as infraccións administrativas a ela en leves, graves e moi graves, incorrendo en responsabilidade administrativa quen sexa autor ou participe en calquera destas infraccións (artigo 47 da L.O. 4/2000), que se establecen nos artigos 48 a 50 da propia lei orgánica.

Ademais das sancións pecuniarias establecidas no artigo 51.1 da Lei orgánica 4/2000, aplicables independentemente de cal sexa a infracción, e da nacionalidade do infractor á L.O., o artigo 53 da lei orgánica, prevé a sanción de expulsión do territorio español, aplicable cando os infractores sexan estranxeiros e realicen conductas das tipificadas como moi graves, ou conductas graves das previstas nos apartados d), e) e g) do artigo 49 da Lei orgánica 4/2000, e que poderán aplicarse en lugar da sanción de multa, logo da tramitación do correspondente expediente administrativo.

Debe sinalarse que a Lei orgánica 4/2000 converte España nun caso peculiar entre os actuais países de destino dos fluxos migratorios, ó deixar fóra das causas de expulsión a permanencia irregular *per se*.

O artigo 53.4, pola súa parte, establece que, cando o estranxeiro se atope encartado nun procedemento por delictos castigados con penas privativas de liberdade inferiores a seis anos, o xuíz poderá autorizar, logo da audiencia do fiscal, a súa saída do territorio español, sempre que se cumpran os requisitos establecidos na Lei de axuizamento penal, ou a súa expulsión, se esta resultara procedente de conformidade co previsto nos parágrafos anteriores do presente artigo, trala instrucción do correspondente procedemento administrativo sancionador.

No suposto de que se trate de estranxeiros non residentes legalmente en España e que fosen condenados por sentenza firme, será de aplicación o disposto no artigo 89 do Código penal sobre expulsión xudicial.

O artigo 54 da L.O. 4/2000, refírese ó procedemento e efectos da expulsión do territorio español, sen establece-lo procedemento de urxencia ó que se refire o artigo 19.2 da propia lei orgánica, e establece o concepto de retorno, diferente da expulsión propiamente e cunha equivalencia aproximada ó de «devolución» que establecía a derogada Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España, e que tamén utiliza o regulamento de execución desta, aprobado por Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro.

Unha das achegas máis positivas da Lei orgánica 4/2000 é o tratamento que se lle dá no seu artigo 55, dentro do réxime sancionador, á colaboración contra redes organizadas, artigo que pretende incentivala denuncia contra os autores ou cooperadores co tráfico ilícito de seres humanos.

Os artigos 56 e 57 da lei orgánica están dedicados a diversas medidas tendentes a garanti-las resolucións que se deriven dos procedementos sancionadores en materia de estranxeiría, e, máis en particular, ó internamento do estranxeiro como medida que facilite o retorno, e á obriga-ción de presentación periódica.

O título III da Lei orgánica 4/2000, dedicado ás infraccións en materia de estranxeiría e ó seu réxime sancionador, péchase co artigo 59 no que se establece o carácter recorrible das resolucións sobre estranxeiros, e, segundo o cal, as resolucións administrativas sancionadoras serán recorribles de acordo co disposto nas leis, e será o réxime de executividade destas o previsto con carácter xeral.

En todo caso, segundo o artigo 59.2, cando o estranxeiro non se atope en España, poderá cursa-los recursos procedentes, tanto en vía administrativa coma xurisdiccional, a través das representacións diplomáticas ou consulares correspondentes, ou de organización de asistencia á emigración debidamente apoderadas, quen os remitirá ó organismo competente.

A situación do estranxeiro que se atopa irregularmente en territorio español, por non obter ou ter caducada a prórroga de estancia, a autorización de residencia ou documentos análogos, cando fosen esixibles, ou por entrar en territorio español carecendo da documentación ou dos requisitos esixibles, por lugares que non sexan os pasos habilitados ou contravindo as prohibicións de entrada legalmente establecidas, pode en ocasións corrixirse mediante algún dos mecanismos de regularización existentes, e que son:

1. A exención de visado, prevista no artigo 25.1 da Lei orgánica 4/2000, e xa previamente regulada na Orde ministerial do 11 de abril de 1996.
2. A regularización por arraigamento do artigo 29.3 da Lei orgánica 4/2000.
3. As sucesivas regularizacións extraordinarias cos seus procedementos establecidas periodicamente polo Goberno.

O artigo 25.1 da Lei orgánica 4/2000, ó referirse á expedición do visado, establece que o visado será expedido polas misións diplomáticas e oficinas consulares de España, pero tamén que, excepcionalmente, por motivos humanitarios de colaboración coa xustiza ou de atención sanitaria, poderalles ser eximido polo Ministerio do Interior da obriga-ción de obte-lo visado ós estranxeiros que se encontren en territorio español e cumpran os requisitos para obter un permiso de residencia. Cando a exención se solicite como cónxuxe de residente, deberanse reuni-las circunstancias do artigo 17 e acredita-la convivencia polo menos durante un ano e que o cónxuxe teña autorización para residir cando menos por outro ano.

O transcurso dunha permanencia prolongada e ininterrompida en España dun estranxeiro en situación irregular, como criterio que posibi-lite a regularización desta situación, foi estudada pola Administración do Estado, a través dun proceso de documentación individualizada que se abriu por mor dunha decisión adoptada pola Comisión Interministerial de Estranxeiría a proposta do Foro dos Inmigrantes, na que implica-ron os ministerios do Interior e de Traballo e Asuntos Sociais mediante a constitución dunha comisión *ad hoc* integrada por representantes da Ad-ministración e das organizacións non gobernamentais na que se estu-dian, caso por caso, as distintas situacións nas que se encontran determi-nados estranxeiros, os cales tras unha prolongada estancia irregular en España non obtiveron a documentación que autoriza a súa residencia le-gal. E así no artigo 29.3 da L.O. 4/2000, prevé dentro da regulación da si-tuación de residencia temporal, que poderá acceder a esta situación o es-tranxeiro que acredite unha estancia ininterrompida de dous anos en territorio español, figure empadroadado nun municipio no momento en

que formule a petición e conte con medios económicos para atende-la súa subsistencia, xa que se estaría ante un caso de arraigamento.

Do mesmo xeito o artigo 36.1 da lei, ó falar de permisos de traballo especiais, establece que terán dereito ó permiso de traballo os estranxeiros que obteñan o permiso de residencia polo procedemento previsto no artigo 29.3. Este permiso de traballo terá a duración dun ano e renovase mentres sigan as mesmas circunstancias.

Debe sinalarse ó respecto a imposibilidade de aplicar directamente o referido artigo 29.3 da L.O. 4/2000, por ser necesario un desenvolvemento regulamentario que concrete os conceptos xurídicos que aquel contén, fundamentalmente os medios de proba do requisito da estancia ininterrompida en territorio español, e os criterios de valoración do requisito dos medios económicos do solicitante para atende-la súa subsistencia.

A última regularización extraordinaria que se produciu antes da promulgación da Lei orgánica 4/2000 foi a prevista na disposición transitoria terceira do Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro, polo que se aprobou o Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985.

A disposición transitoria primeira da Lei orgánica 4/2000 determinou unha nova regularización extraordinaria, ó establecer que o Goberno, mediante real decreto, establecerá o procedemento para a regularización dos estranxeiros que se encontren en territorio español antes do día 1 de xuño de 1999 e que acrediten ter solicitado nalgunha ocasión permiso de residencia ou traballo ou que o tiveran nos tres últimos anos.

O primeiro relatorio da mañá do día 28, segundo e derradeiro do curso de verán, foi o realizado por Fernando Sequeros Sazatornil, fiscal do Tribunal Supremo que falou do marco penal da inmigración.

A tutela e recoñecemento dos dereitos, por mor do disposto no art. 13 da C.E., debe entenderse aplicada igualmente ó estranxeiro, en principio, sen restricións. Proclama a nosa Carta magna no apartado primeiro do artigo mencionado que «*os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei*». E é que aínda que a Constitución é «obra de españois», non pode afirmar que lles sexa soamente de aplicación «ós españois». O precepto aludido non debe interpretarse restrictivamente no sentido de que os estranxeiros poderán gozar tan só daqueles dereitos e liberdades que se establezan en tratados e leis. O seu contido comporta que o aproveitamento polos estranxeiros dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución, poderá temperarse ó que determinen os tratados internacionais e a lei interna española. Nese sentido a S. do T.C. 90/1985 do 30 de setembro. Sen embargo evidénciase a existencia de dereitos nos que o seu aproveitamento e exercicio correspóndenlles por igual a españois e estranxeiros e nos que a realización debe ser igual para ambos. Así sucede con aqueles dereitos fundamentais que lle pertencen

á persoa en canto tal e non como cidadán, ou dito doutro modo «*aquelles que son imprescindibles para a garantía da dignidade humana, que conforme o art. 10.1 C.E. constitúen o fundamento da orde política española*».

En relación co disposto no art. 14 do Convenio para a protección dos dereitos humanos e liberdades fundamentais, ten que concluírse no recoñecemento ó estranxeiro de residir en España, mentres non se acrediten causas que xustifiquen a súa expulsión, sen prexuízo de que a lei nacional estableza a posibilidade de lle fixar restricións á liberdade de circulación e de residencia por razóns de seguridade nacional ou orde pública.

Como consecuencia de tal recoñecemento o Código penal de 1995 completa coa inclusión dun título XI bis titulado «Delictos contra os dereitos dos cidadáns estranxeiros», un catálogo de delictos que ata a data se encontraban previstos no título XV do libro II, baixo a rúbrica «Dos delictos contra os dereitos dos traballadores».

Así a protección penal indiscriminada á clase traballadora prevese no art. 311 do C.P. O precepto en cuestión, denominado delicto laboral, foi introducido pola Lei 15.11.71 manténdose cunha estrutura similar no C.P. vixente. A súa aparición marcou un cambio de rumbo na política criminal ó lle dispensar unha protección ó traballador en canto tal, é dicir, non tanto como persoa común senón, sobre todo e especialmente, coma membro integrado no mercado de tráfico. A razón da súa punición estriba en que o lexislador quixo protexela clase traballadora no seu conxunto, como grupo social que tradicionalmente sufriu abusos e menoscabos nos seus dereitos.

Respecto do emprego de traballadores estranxeiros sen permiso de traballo en condicións prexudiciais para o seus dereitos segundo o que establece o art. 312 do C.P. despréndese que non soamente se protexen as condicións laborais dos estranxeiros, senón tamén a man de obra nacional, que pode verse privada de certos traballos pola contratación de estranxeiros en condicións que poden resultar mais beneficiosas para o empresario. En efecto, a experiencia diaria amosa como en moitas ocasións o estranxeiro é empregado en traballos que precisamente os traballadores españois non queren levar a cabo, por razóns que van dende a súa penosidade ou risco, ata a súa baixa consideración social e a súa escasa remuneración. O emprego de traballadores estranxeiros sen permiso de traballo, en condicións prexudiciais para os seus dereitos, conforma unha das tres modalidades específicas previstas no código nas que se manifesta a protección penal do traballador estranxeiro. Trátase dun tipo delictuoso de perfís difusos e pouco delimitados coa normativa laboral, sendo difícil a súa distinción como infracción administrativa e ilícito penal.

Dentro da expresión *tráfico ilegal* deberá entenderse a trasfega de per-

soas fóra ou á marxe das canles establecidas legalmente, e que teñen como consecuencia máis inmediata a imposibilidade do seu control por parte da Administración do mercado laboral, da súa realidade obxectiva; das condicións, en definitiva, no que o traballo se realiza.

Tamén neste artigo van sancionarse dúas situacións de difícil mari-daxe, dúas conductas diferentes que nada teñen que ver en común:

Por unha banda: a de quen recruta persoas ou determínaas a abandonaren os seus traballos mediante o ofrecemento de emprego ou de condicións laborais falsas ou enganosas.

Por outra: a de quen leve a cabo as conductas do art. 311, contra os dereitos dos traballadores, cando estes posúan a calidade de estranxeiros. En definitiva, cando se contraten traballadores foráneos sen permiso de traballo baixo condicións ilegais.

Non se esixe un dolo específico para a comisión do delicto, e abonda o dolo xenérico de coñecer e voluntariamente executa-la acción típica, en concreto a de: *empregar a súbditos estranxeiros sen permiso de traballo*. Na redacción do artigo suprimiuse o dolo reforzado que comportaba a expresión «*maquinacións ou procedementos maliciosos*» utilizada no art. 499 bis do C.P.A. precedente inmediato destes preceptos.

Un dos incumprimentos laborais máis frecuentes é o que acontece cando un empresario non pode asegurar un traballador ilegal estranxeiro, por canto a afiliación ó sistema non pode realizarse sen a acreditación previa dun permiso de traballo. En consecuencia, coa lexislación vixente non parece que se lle poida imputar a un empresario este delicto polo simple feito de ter un traballador estranxeiro sen permiso de traballo e, consecuentemente, sen seguridade social.

Esta lei de estranxeiría recoñécelles no art. 14.1 ós estranxeiros residentes o dereito a accederen ás presentacións e servizos da Seguridade Social nas mesmas condicións que os españois. A lei prevé no art. 27, as tres situacións nas que pode encontrarse o estranxeiro: de *estancia*, de *residencia temporal* e de *residencia permanente*. Para obte-la residencia temporal –como paso necesario para obte-la permanente tralos cinco anos esixidos para esta–, faise necesario conforme o art. 29.2 que o estranxeiro dispoña de medios de vida para atende-los gastos de manutención e estancia da súa familia, durante o período de tempo polo que se solicita –superior a noventa días e inferior a cinco anos– sen que para iso teña que exercer, necesariamente, unha actividade lucrativa; que se propoña realizar unha actividade económica por conta propia e solicite para iso as licencias ou permisos correspondentes; teña unha oferta de contrato de traballo a través do procedemento regulamentariamente recoñecido, ou sexa beneficiario do dereito á reagrupación familiar. En consecuencia, non é necesario permiso de traballo para a obtención da residencia temporal de maneira ineludible, todo estranxeiro residente

que realice unha actividade remunerada por conta allea sen permiso de traballo, terá dereito a acceder ás presentacións citadas, e está obrigado o empresario a dalo de alta nalgún dos réximes existentes e, en consecuencia, se non o fai, poderá incorrer en delicto e ser sancionado.

Polo que, en definitiva, a aplicación do art. 312.2 do Código penal parece reconducida á explotación do súbdito estranxeiro en situación de legalidade, pero sen permiso de traballo, sendo de aplicación o art. 311.1 para os supostos en que os traballadores se encontren en situación de ilegais, co condicionamento engadido que ten que existir engano ou abuso de situación de necesidade do inmigrante.

Outro tema que hai que tratar é o da promoción de inmigración clandestina tal e como o art. 313 do Código penal prescribe. Así na primeira alínea castígase, cunha dinámica plural na forma de proceder, a promoción ou o favorecemento da inmigración clandestina de traballadores estranxeiros.

Na orde da súa consumación o delicto non require para a súa comisión a entrada ilegal efectiva en territorio nacional. Trátase dun delicto de tendencia, no que se utilizaron similares conceptos para expresa-la súa dinámica que nos delitos contra a saída pública dos art. 368 e ss. do C.P., aínda que evidentemente o ben xurídico protexido sexa diferente. Como consecuencia do abano de actividades que o tipo penal admite, basta con que se promova ou favoreza por calquera medio a inmigración clandestina para que se consume o delicto. Isto comporta que é suficiente a participación do infractor nalgunha das múltiples tarefas que converxen para levar a cabo a acción co obxecto de que se cumpra a previsión normativa. Polo que se poden incluír conductas tales como o financiamento da operación, a actuación como intermediario, transportista, empregador, etc. sempre que concorran determinados condicionamentos e presupostos.

Quedan excluídos da aplicación deste precepto, aquelas persoas que non estean a traballar ou non se proponan realizar unha tarefa laboral. Polo que bastará con que se acredite que a finalidade da entrada clandestina a España do emigrante, sexa a de buscar traballo, sen necesidade de que especificamente estea identificada a tarefa ou ocupación concreta que haxa que realizar. Ocupación que, en todo caso, deberá ter carácter laboral, e non comprenderá o exercicio de ocupacións como a prostitución, xa que o favorecemento ou promoción en relación coa entrada, saída ou estancia do territorio nacional, está sancionado especificamente no art. 188.2 do C.P. dentro do capítulo V do título VIII, dedicado ós «*delictos contra a liberdade e indemnidade sexuais*».

Soamente se considera clandestina a entrada ilegal que impida o necesario control dos achegados ó territorio nacional, quedando excluída a situación de ilegalidade en que poida incidir quen ó entrar legalmente

no país se encuentre nela, por caducarle o permiso concedido ou non renovar este.

No segundo apartado castígase coa mesma pena a conducta do que «*simulando contrato ou colocación ou usando doutro engano similar, determine ou favoreza a emigración dalgunha persoa a outro país*».

Do teor do precepto podería entenderse que a emigración propiciada dende o noso país a un terceiro soamente afectaría como suxeito pasivo os súbditos nacionais. Sen embargo, non quedan excluídos do ámbito da súa comprensión os súbditos estranxeiros que se encontraren en España ó non facerse exclusión deles. En calquera caso, coma no suposto precedente, debe tratarse de traballadores pois aínda que non aparecen mencionados con tal calidade a simulación de contrato ou colocación soamente permite esa interpretación. Co mesmo criterio debe considerarse o suxeito activo do delito, que non ten por que ser empresario, precisamente, o poder realiza-la acción fraudulenta, calquera persoa que simule esta contratación. Podendo conformar precisamente a suposta condición de empresario, unha das formas de engano ás que se refire o tipo penal nos seus presupostos obxectivos.

A promoción do tráfico ilegal de persoas prescribe no art. 318 bis, introducido pola L.O. 4/2000 do 11 de xaneiro, no que ademais da modificación do art. 312, inclúe un título XV bis, e incorpora á tipoloxía delictuosa unha figura nova ata ese momento non cuberta polo lexislador: o *tráfico ilegal de persoas*.

As actividades despregadas sofren un incremento punitivo tanto na pena privativa de liberdade coma na pecuniaria, cando disxuntivamente ou acumulativamente se verifiquen ánimo de lucro, o emprego de violencia, intimidación ou engano, ou abuso dunha situación de necesidade da vítima.

A pena agravada de por si no apartado segundo increméntase coa súa imposición no tramo superior desta en razón do risco que se engada que comporte a posta en perigo para bens persoais da vítima como da súa propia vida, a súa saída corporal ou a súa integridade.

O estranxeiro pode posuír ante os tribunais, coma calquera outro cidadán, a posición de denunciante ou denunciado, querelante ou querelado, autor ou vítima do delito. Pode ter procesualmente en xuízo a calidade de imputado, acusado, procesado ou responsable civil subsidiario, ou comparecer debidamente representado como acusador particular ou privado, exercitando a acción penal e civil conxuntamente ou soamente algunha delas.

O estranxeiro como *inculpado* é a parte necesaria no proceso penal, que ve ameazado o seu dereito á liberdade ó imputárselle a comisión de feitos delictuosos pola posible imposición dunha sanción penal no momento da sentenza.

Dende esta posición o estranxeiro ten ante todo o *dereito á defensa* recoñecido como dereito fundamental na Constitución, art. 24.1, que prohibe a indefensión, e o art. 24.2 que sanciona o dereito á defensa propiamente establecido.

Este dereito esixe un presuposto básico: *a audiencia do inculpado* e con ela a comprensión do marco acusatorio para a adecuada contradición procesual.

Poden diferenciarse nesta orde, as seguintes situacións:

- a) Expulsión do territorio decretada en virtude de resolución administrativa.
- b) Expulsión do territorio do encartado nun procedemento xudicial, antes da sentenza.
- c) Expulsión do territorio nacional do condenado nun procedemento xudicial, despois da sentenza.

A continuación o relator José Luis Requero Ibáñez, maxistrado do contencioso-administrativo da Audiencia Nacional referiuse ó estranxeiro e á tutela xudicial efectiva; o control xudicial da actividade administrativa nesta materia, e en especial ás medidas preventivas.

O artigo 18 da LOEst 2000, fai expresa referencia en canto á tutela xudicial efectiva, que os estranxeiros teñen dereito a esta (artigo 18.1), o que debe poñerse en relación co artigo 59.2. cando di que cando o estranxeiro non se encontre en España, poderá cursa-los recursos procedentes, tanto en vía administrativa coma xurisdiccional, a través das representacións diplomáticas ou consulares correspondentes, ou de organizacións de asistencia á emigración debidamente apoderadas, quen llos remitirá ó organismo competente.

1. O dereito á asistencia xurídica

A Lei 1/96, do 10 de xaneiro, reguladora do dereito á asistencia xurídica gratuíta recoñécelle este beneficio *ex lege* en dúas situacións: por unha parte para os estranxeiros nacionais da Unión Europea ou de terceiros estados que residan legalmente en España cando acrediten insuficiencia de recursos para litigar [artigo 2,a)] e para os non legais nos casos do apartado f) do mesmo precepto.

Esta regulación non é satisfactoria, pois non acaba de comprenderse que o apartado a) refira este dereito ós que residan legalmente en España e para os que non se encontren nesta situación o apartado f) refírao tan só a *«aqueles procesos relativos á súa solicitude de asilo»* sendo máis que evidente que se un estranxeiro acredita carencia de medios para litigar, reside ilegalmente e impugna un acto de expulsión ou un acto denegatorio do permiso de residencia ou de traballo poderá acollerse a este

beneficio; en consecuencia, sería contradictorio coa doutrina xurisprudencial entender que o dereito á tutela xudicial efectiva na súa manifestación de acceso ós tribunais deixa de ser un dereito inherente ou substancial a toda persoa ó quedar excluído del os estranxeiros fóra dos casos dos apartados a) e f) do artigo 2 da Lei 1/96.

Pola súa banda o artigo 20 LOEst 2000 –dereito á asistencia xurídica gratuíta– dispón que os estranxeiros teñen dereito á asistencia letrada de oficio tanto nos procedementos administrativos coma xudiciais relativos á denegación da súa entrada ou á súa expulsión ou saída obrigatoria do territorio español e en tódolos procedementos en materia de asilo.

Complemento deste dereito –e consecuencia do dereito á defensa no ámbito sancionador– é que teñen dereito á asistencia de intérprete se non comprenden ou falan a lingua oficial que se utilice.

En canto ó acceso á xustiza gratuíta, o artigo 20.2 determina que os estranxeiros residentes e os que se encontren en España inscritos no padrón do municipio no que residan habitualmente, que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar terán dereito á asistencia xurídica gratuíta en iguais condicións que os españois nos procesos nos que sexan parte, calquera que sexa a xurisdicción na que se siga.

Para o caso do procedemento de expulsión, na anterior regulación os trámites ligados á detención e, de se-lo caso, internamento do estranxeiro, gardan autonomía respecto do procedemento sancionador. No caso do artigo 30,2 prevense unha serie de garantías do detido, de xeito que se se infrinxen si que afectan o procedemento sancionador administrativo en canto que poden causar indefensión real ou material.

2. Existencia de acto. Especial consideración do acto político

Na LOEst 1985 invocábanse «*as circunstancias que así o aconsellen*» para o peche de postos fronteirizos acordada polo Goberno (artigo 11,5) ou a invocación de que «*medie causa suficiente*» para autorizar excepcionalmente a entrada, tránsito ou permanencia de estranxeiros indocumentados ou con documentación defectuosa (artigo 12,4). Outro caso era a chamada á grave posta en perigo da seguridade ou dos intereses nacionais, á orde pública, á saúde ou á moral pública ou ós dereitos e liberdades dos españois para a suspensión de asociacións promovidas e integradas maioritariamente por estranxeiros, o que desaparece no artigo 8 LOEst 2000.

Tampouco se identifica a concorrencia dun acto político na resolución prevista no artigo 21.4 non soamente porque no formal debe ir motivada, senón pola expresa chamada a uns conceptos indeterminados como é a seguridade nacional, a orde pública ou a saúde pública e os dereitos e liberdades dos españois.

3. Extensión territorial

Rexe o artigo 24 LOPX e para tal efecto é indiferente que o acto se dictara fóra do territorio nacional como ocorre no caso de representacións diplomáticas ou que os efectos se produzan no interesado sen que chegue a estar en España como ocorre no caso de devolucións ou de rexeitamentos en fronteira pois o dato físico de onde estea o estranxeiro é irrelevante pois o que conta é que fora destinatario dun acto ou actuación dun órgano da Administración española.

Neste sentido o artigo 24.2 LOEst 2000 garante expresamente a recorribilidade dos actos en casos de denegación de entrada ó sinalar que *«ós estranxeiros que non cumpran os requisitos establecidos para a entrada, lles será denegada mediante resolución motivada, con información acerca dos recursos que poidan interpoñer contra ela, prazo para facelo e autoridade ante quen deben formalizalo, e do seu dereito á asistencia letrada»*. Ademais, o artigo 59.2 prevé que *«cando o estranxeiro non se encontre en España, poderá cursa-los recursos procedentes, tanto en vía administrativa coma xurisdiccional, a través das representacións diplomáticas ou consulares correspondentes, ou de organizacións de asistencia á emigración debidamente apoderadas, quen llos remitirá ó organismo competente»*.

4. Órganos competentes

Rexen as regras dos artigos 8 a 12 da LXCA. Quizais a cuestión máis problemática en canto ás sancións non pecuniarias é que a competencia lles corresponde ós delegados e subdelegados do Goberno, logo a competencia xurisdiccional hai que entender que lles corresponde ós xulgados do contencioso-administrativo (artigo 8.3 LXCA). Para as multas, sexa a contía que sexa, a competencia é dos xulgados por razón do artigo 8.3.2º por ser máxima de dez millóns de pesetas.

5. Lexitimación

Dentro dos criterios xerais de *pro actione* deducibles hoxe en día da Lei 30/92 LXCA, cómpre indicar que para todo tipo de procedementos no artigo 18.3 estarán *«lexitimadas para intervir como interesadas as organizacións representativas constituídas legalmente en España para a defensa dos inmigrantes»*.

6. Procedemento aplicable

Respecto da idoneidade nesta materia do procedemento especial de protección dos dereitos fundamentais, obviamente os actos máis idóneos para seren impugnados son os sancionadores. Agora ben, a maior conveniencia dese procedemento polo seu carácter preferente e sumario (artigo 53.2 CE) quedaría superada polo procedemento abreviado.

Por outra parte, nos casos de medidas antidiscriminatorias (artigo 21 LOEst), o artigo 22 reconduceo expresamente á vía do procedemento de protección dos dereitos fundamentais.

7. Prazo de interposición e designación de avogado e procurador de oficio

Para os casos nos que se interese a designación de avogado e de procurador de oficio hai que entender que a solicitude do dereito de asistencia gratuíta debe ser formulada dentro dos prazos xerais previstos na LXCA e unha vez designado o avogado e procurador, interpoñe-lo recurso dentro dos prazos legais.

Trala Lei 1/96 pódese solicita-lo dereito de asistencia gratuíta dende o momento en que queda esgotada a vía administrativa, ben mediante resolución expresa ou presunta e queda pechada para o demandante dende o momento en que formula o seu escrito de demanda e se se trata dun codemandado ou coadxuvante, dende o momento en que contesta, tal e como se deduce do artigo 8.

Debe partirse sempre da regra xeral do artigo 16,1º pola cal «a *solicitud de recoñecemento do dereito á asistencia xurídica gratuíta non suspende o curso do proceso*», regra que se ben se refire a un proceso iniciado ben podería aplicarse á fase previa ó proceso contencioso-administrativo e é que mentres que o acto ou disposición xeral non debeñan firmes e consentidos por non teren sido impugnados dentro de prazo, ben pode dicirse que o proceso contencioso-administrativo inicia a súa vida dende o *dies a quo* que serve para o cómputo dos prazos para recorrer.

Esa regra ten a súa excepción no artigo 16.3 que prevé a presentación da solicitude antes de iniciarse o proceso se ben dados os termos xerais en que se pronuncia apunta como excepción que *a acción poida resultar prexudicada polo transcurso dos prazos de prescripción*. De tal xeito pode deducirse que no caso do contencioso-administrativo a presentación da solicitude suspende os prazos para recorrer e en canto á prevención segundo a cal esa interrupción dáse «*sempre que dentro dos prazos establecidos nesta lei non sexa posible nomea-lo solicitante avogado e, de ser preceptivo, procurador da quenda de oficio que exerciten a acción en nome do solicitante*», debe terse en conta que ante a comisión o prazo non pode exceder de dous meses (artigo 16 *in fine*), o que leva a que a regra xeral sexa a de suspender.

Esta regra xeral ten as súas modulacións en máis e en menos. En efecto, se se está ante a impugnación dunha resolución presunta, por silencio administrativo, o prazo para acudir ó contencioso-administrativo dilátase pois dende que se entende producido o silencio, o prazo para acudir ó contencioso-administrativo é de seis meses. Por outra parte esa

regra da suspensión rexe con carácter xeral para o caso de que se opte por acudir ó procedemento de protección de dereitos fundamentais, pois probablemente nos prazos fugaces previstos non se poida obter un recoñecemento expreso de tal dereito.

Caso diferente é que se obtivera o recoñecemento de forma provisoria ó amparo do previsto no artigo 15, o que pode ter especial virtualidade para o caso de demandantes do dereito de asilo en canto que se lles recoñece o dereito *ex lege*.

8. Medidas preventivas

Fronte ó casuismo da materia, o Tribunal Supremo segue un criterio xeneralizador ó soste que ante a multiplicación de recursos nesta materia non pode seguirse o criterio xeral de suspender por ser contrario ós intereses públicos e frustrarse doutra forma a finalidade buscada coa lexislación de estranxeiría.

Non obstante neste extremo diferénciase entre a doutrina asentada nos casos de expulsión e os supostos referentes á denegación de permisos de traballo e residencia, visados, etc.

A xurisprudencia segue o tradicional criterio de entender que non son susceptibles de suspensión aqueles actos que son de contido negativo. Non obstante os tribunais veñen entendendo que un acto como é a sanción que se salda coa expulsión dun estranxeiro de España ten un contido indubidablemente positivo e que é atendible en función das persoais circunstancias do recorrente. Por outra parte tense en conta o concreto estatuto ó que está sometido o estranxeiro, de aí que a suspensión sexa procedente por regra xeral no caso de nacionais da Unión Europea. Nestes casos repútase que hai un prexuízo inherente á expulsión de quen está acollido a ese réxime especial, salvo que se trate de actuacións que afecten a orde pública.

Rafael de Mendizábal Allende, maxistrado do Tribunal Constitucional, clausurou o curso de verán co relatorio «A emigración como fenómeno humano, sociolóxico e xurídico. A construción constitucional do «outro». Xenofobia e discriminación. O estranxeiro. Comezou a falar do nomadismo e da transhumancia como elementos consubstanciais á liberdade do home dende o principio dos tempos. O que ocorre é que nos nosos tempos adopta outras formas e motivacións. España encóntrase hoxe en día cun fenómeno novo porque de ser un país exportador de emigrantes, pasou con posterioridade a ser non soamente unha porta de entrada cara ó resto de Europa. Os movementos migratorios son sempre resposta a un desequilibrio humano masivo fundamental nalgún punto do sistema. Hai moitas clases de emigracións, tanto exteriores coma interiores, de zonas rurais a urbanas, nacionais ou internacionais;

todas elas débense a unha serie de factores ligados á distribución da poboación. España ten unha débeda histórica cunha serie de pobos, polo que debería facerse unha política de inmigración onde foran favorecidas as persoas da nosa estirpe.

Con posterioridade á realización deste curso de verán e con data do 22 de decembro de 2000 aprobouse a Lei orgánica 8/2000, que reforma a Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro de 2000, sobre dereitos e liberdades fundamentais dos estranxeiros en España e a súa integración social. Pártese, para isto, da situación e características da poboación estranxeira en España, non só na actualidade, senón de cara ós anos vindeiros, regulándose a inmigración dende a consideración desta coma un feito estrutural que converteu España nun país de destino dos fluxos migratorios e, pola súa situación, tamén nun punto de tránsito cara a outros estados, nos que os controis fronteirizos nas rutas dende o noso foron eliminados ou reducidos substancialmente. Por outra banda, esta normativa forma parte dunha formulación global e coordinada no tratamento do fenómeno migratorio en España, que prevé dende unha visión ampla tódolos aspectos vinculados a ela, e, por isto, non só dende unha única perspectiva, senón de todas conxuntamente. 

XORNADAS SOBRE A INTERNET DESDE A PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA E XURÍDICA

(A Coruña, 13 e 14 de decembro de 2000)

María del Carmen Silva López

Avogada

A Internet é sen dúbida o fenómeno do noso tempo, pero é un fenómeno cunha introducción que hai que impulsar nas administracións e organismos públicos. Tanto a Comisión europea coma o Goberno español comparten a idea de que as administracións públicas deben representa-lo papel de avanzada da aplicación das técnicas telemáticas, e a Comunidade Autónoma galega é unha das mellores mostras de que isto é posible. Pero sempre pode facerse máis; o enriquecemento dos funcionarios na «cultura Internet» contribuirá a mellora-la aplicación dos sistemas xa existentes. A crear outros novos, e a articular mellor uns e outros.

Dos múltiples modos posibles de enfoca-la Internet, a perspectiva xurídico-administrativa parece especialmente adecuada para unha escola de formación de funcionarios, tanto pola formación de base dos destinatarios das xornadas, canto por ser unha das menos tratadas nos traballos e publicacións que se ocupan da Internet.

Nestes intres, en que estamos a finaliza-lo derradeiro ano do século XX, parece necesario mirar cara adiante, cara ó século XXI; calquera que así o faga, tropezarán necesariamente coa Internet. A rede de redes faise cada vez máis útil. As administracións comezaron a renovarse con méto-

dos tecnolóxicos, pero as dúbidas acumúlanse: ¿é suficiente cunha notificación por correo electrónico?, ¿como garanti-la intimidade dos datos en medios electrónicos, etc.?

Mais esta visión non se pecha ou limita ó campo simplemente administrativo, senón que se estende a outros eidos, de índole xurídica xeral, no que o fenómeno da Internet, e da informática nun sentido máis amplo, está a xogar un moi importante papel nos nosos días.

A Escola Galega de Administración Pública xunto coa Consellería de Presidencia e Administración Pública, o Colexio Notarial da Coruña e a Revista do Dereito das Telecomunicacións e Infraestructuras en Rede (REDETI) organizaron conxuntamente estas xornadas que se desenvolveron no salón de actos do Ilustre Colexio Notarial da Coruña, ó longo dos días 13 e 14 de decembro de 2000. A súa finalidade principal era dar a coñecer un pouco máis este complexo mundo da Internet, a Internet, e examina-la compatibilidade entre as novas tecnoloxías informáticas e o respecto á defensa da intimidade e ós dereitos persoais e a súa repercusión tanto no mundo xurídico coma administrativo. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia de máis de duascenas persoas. Durante os dous días, destacados xuristas galegos e españois expresaron as súas posturas sobre esta importante materia, cunha gran transcendencia na actualidade.

Estas xornadas foron inauguradas polo director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, quen resaltou a falta de medidas de seguridade xurídica na Internet e manifestou que as normas que establece a Unión Europea adoitan ser, pola necesidade de consenso, normas descafeinadas que non se aplican noutros países do mundo. Advertiu da necesidade, ante o crecemento do comercio electrónico, de aclara-la xurisdicción dos tribunais nacionais ante as denuncias relativas a operacións efectuadas na Internet, con independencia do país onde teña a sede a empresa demandada.

Domingo Bello fíxolle un chamamento ó Goberno para que promulgue unha lei que ordene o sector da Internet e actúe no plano xurídico da rede coa elaboración dun plan estratéxico para o desenvolvemento da chamada sociedade da información, do mesmo xeito que se fixo en países como Alemaña, Dinamarca ou Francia.

No acto inaugural interveu tamén Francisco J. Alegría Martínez de Píñillos, presidente do consello de administración da Revista do Desenvolvemento das Telecomunicacións e Infraestructuras na Internet. Para Alegría, a Internet supuxo, no século XX, a *segunda gran revolución*, despois da industrial do século XVIII. O problema desta *gran revolución tecnolóxica* é que os cambios se producen a tal velocidade que obriga un es-

forzo importante na asimilación. A desconfianza na rede non debe ser maior cá que se xera pola utilización doutro tipo de instrumentos. Non lle parece coherente que mentres se efectúen millonarias transaccións financeiras, baseadas na confianza, se desconfíe das que poida realizar, por unha mínima cantidade, un particular.

A conferencia inaugural correu a cargo do conselleiro da Comisión do Mercado das Telecomunicacións, Reinaldo Rodríguez Illera, quen falou das telecomunicacións na era da Internet, recoñecendo que *é difícil chegar á protección total da rede, porque é aberta.* Afirmou que o risco non é distinto ó que se produce noutras actividades pero *que ese déficit na seguridade é asumible ante os beneficios que xera a rede.*

Empezou dicindo que o fenómeno da Internet «a Internet», non se sabe se é masculino ou feminino, ó ser un xénero tan recente, aínda que supera as vellas diferencias do xénero.

A Internet naceu como parte das telecomunicacións, e vaise converter no sector das telecomunicacións. A Internet é un «virus» que está practicamente a entrar no núcleo das telecomunicacións e transformándoas. É un fenómeno de transformación tecnolóxico, social e económico de primeira magnitude.

Seguidamente falou o relator do impacto e a relación da Internet coas telecomunicacións: a Internet apareceu coma un fenómeno típico do que chamábámo-lo sector das tecnoloxías da información, o sector da informática, o sector software e canalizou as telecomunicacións. Agora mesmo todo o sector das telecomunicacións está traballando por e para o desenvolvemento tanto no ámbito de mercado coma no tecnolóxico da Internet, co obxectivo de converte-la Internet nun medio de comunicación, de telecomunicación, de intercambio de ideas, de intercambios económicos. Pode chegar a desenvolver un medio de comunicación propio. Relacionado coa Internet está a se desenvolver unha linguaxe nova, que nada ten que ver coa linguaxe normal.

Desde o punto de vista das telecomunicacións, ¿cal é o impacto que tivo a Internet? A Internet está facéndolle perder valor á actividade normal de telecomunicación. O desenvolvemento normal das telecomunicacións, estableceu mecanismos que permitiran intercambiar comunicacións persoa a persoa, persoa a grupo, e incluso a recollida de información; cada unha caracterizada por unha tecnoloxía, cada unha organizada en mercados adxuntos e con vida propia. Tiñamos tradicionalmente o sector da telefonía, actividade baseada no intercambio de información entre persoas onde o valor engadido, o principal núcleo da actividade de servizos, que era da telefonía, non tiña que ver co contido, tiña que ver coa capacidade de poñer a dúas persoas en comunicación. O que se dicía poñíano elas, non tiña valor de mercado, non se vendía. O único que formaba parte era a capacidade de intercomunicar, é dicir, no momento en que se establecía a

comunicación, o que se dicía desde o punto de vista das telecomunicacións non tiña valor ningún. Non se entraba no contido das mensaxes.

Noutras actividades, como eran os medios de comunicación social que utilizaban redes de telecomunicación, como pode se-lo sector audiovisual, relacionado coa radio, coa televisión, onde o contido é a base do negocio, sen embargo, non eran unha base do negocio de telecomunicación as actividades de televisión e radio, que teñen como base principal a distribución dos contidos, na práctica non eran actividades de telecomunicación, nin o son. Utilizan as telecomunicacións, as redes para transmitir e como medio de difundir unha mensaxe, pero non cobraban por esa mensaxe. Mais empezaron a cobrar hai pouco tempo, cando apareceron as televisións de pagamento.

Realmente a actividade máis concreta de telecomunicación era unha actividade basicamente tecnolóxica, non se lle cobraba ó que recibía o servizo de contido, non se cobraba de feito polos contidos. Non pagaba polo feito de recibir eses sinais, financiábanse por outros mercados adxacentes e colaterais, como podían se-lo mercado da publicidade, e só nos últimos cinco ou seis anos, cando a tecnoloxía o permitiu, aparece dentro dunha actividade de telecomunicación unha valoración económica directa dos contidos que son pagados polos que os reciben, polos usuarios.

Os axentes que desenvolveron toda a súa potencialidade económica e que teñen unha situación de mercado comfortable, atópanse con que de repente o núcleo de tódalas súas actividades perde valor, e ese valor trasládase a outras actividades, é dicir, os servizos de telecomunicación teñen que empezar a pensar en que se queren sobrevivir a esta evolución tecnolóxica, teñen que encamiñarse cara ós servizos de información, cara ó contido.

Así o contido comeza a transforma-lo propio sector de telecomunicacións. E, o que non teña unha capacidade de xerar contidos, de modificalos, adaptalos ou empaquetalos, resulta que vai quedando fóra do mercado, porque a actividade sobre a que baseaban o seu antigo potencial económico e o seu antigo beneficio, é unha actividade que se vai abaratando, como consecuencia do desenvolvemento tecnolóxico e tamén pola propia competencia que se xera, e que fai que esas reducións de custo se manifesten no prezo dos produtos.

Nesa circunstancia e a pesar do valor que ten a Internet nesta revolución, hai outro aspecto importante no desenvolvemento das telecomunicacións, referiuse o relator á aparición da mobilidade.

A tecnoloxía que pon a disposición do ser humano, a capacidade de comunicarse, en calquera sitio, en calquera momento, ten unha maridaxe coa capacidade de estandarización, e utilizar un substrato común para intercambiar información e para acceder ós contidos da información, incluso para crealos, ten unha maridaxe na cal a suma das partes é

superior a cada unha das partes, referiuse principalmente ó fenómeno das comunicacións móbiles, que está a casar e casou coa Internet.

De feito é un dinamizador, incluso da nosa evolución social, porque está creando unha nova forma de vivir, de traballar, de realizar actividades económicas e probablemente incluso, nova forma de expresarnos. Este fenómeno da comunicación móbil acelera todo este proceso da perda de valor dos principais mercados de telecomunicacións.

As grandes redes sobre as que se xerou o desenvolvemento da Internet, son basicamente as redes telefónicas. É a única rede con capilaridade total, con penetración total que chega practicamente a tódolos fogares e a tódalas empresas, e é o substrato sobre o cal se pode desenvolver calquera actividade de telecomunicación.

De feito xa se notou a evolución progresiva, ano a ano, como o mercado da voz sobre comunicacións móbiles vai arrancándolle valor engadido, tráfico, ingresos ó mercado fixo, poñéndoo nun problema de futuro. Neste momento da igualdade de prezos, calquera persoa utiliza con preferencia un sistema de comunicación que é persoal, que o leva sempre encima e que lle permite recibir e enviar chamadas, é dicir, comunicarse en calquera momento, en calquera lugar con preferencia a outra tecnoloxía que o obriga a ir a outro sitio determinado para poder facelo.

Indubidablemente segue a haber claras vantaxes sobre a telefonía fixa que é o prezo. Pero en telecomunicacións os prezos dependen basicamente das cantidades, do tráfico. Unha rede que se utiliza dez veces máis consegue abaratar en gran proporción o seu uso, porque o custo é fixo e repártese entre a cantidade do uso, canto máis se usa, a unidade de uso baixa de prezo. Todo isto significa que hai unha tendencia clara que vai levar a que o principal medio de telecomunicación interpersoa se vaia das redes fixas ás móbiles.

Mais a aparición e o desenvolvemento da Internet é a única táboa de salvación que teñen tódalas empresas, tódalas redes fixas para poder ter un futuro, porque é o único campo no que unha rede fixa pode competir cunha rede móbil, non na ubicuidade, nin na mobilidade pero si na capacidade. As redes fixas teñen potencial para incrementa-la súa capacidade a custos razoables, moito máis fortes cás redes radioeléctricas, ou a tecnoloxía radioeléctrica, tecnoloxía que se apoia nas redes móbiles.

Polo tanto, o sector das telecomunicacións fixas vai ter interese en potenciar e desenvolve-la Internet, sobre a base da maior capacidade, o que se chama no argot tecnolóxico, maior ancho de banda.

Practicamente, nos últimos catro anos apareceron tecnoloxías chamadas XDSL, que é o acrónimo inglés de Acceso Dixital Asimétrico ou Simétrico ó abonado, que en dous ou tres anos estableceron capacidades que poderán chegar ata os 8 millóns de bits por segundo sobre o par de cobre.

Así, como xa dixo o relator, hai un interese moi claro por parte de todo o sector das telecomunicacións en potencia-la Internet, porque a consideran como a salvación das redes fixas.

Por outra parte, rede de acceso só hai unha, é a rede de acceso da telefonía fixa, que está evolucionando para poder utilizarse de forma máis universal. Hai outras redes de acceso que están a aparecer: as redes móbiles que teñen unha certa limitación en canto á súa capacidade. Estase intentando duplicar en algúns sitios as redes de acceso por vía das actividades dos operadores de cable. En calquera caso, aínda e durante moito tempo, as redes de acceso van ser un «colo de botella», no cal se pode dicir que vai haber unha oferta xeneralizada como pode haber noutros segmentos.

Polo tanto, para que se poidan desenvolve-las actividades que están sobre esa infraestrutura básica, esas redes de acceso, que se teñen que transformar se queren sobrevivir no futuro, van ter que recadar moito investimento para permitir poñelas ó día en canto á capacidade. E eso é o que están a facer.

¿De onde van vir eses ingresos? Obviamente dos mercados novos. E este valor engadido, xa se está a desprazar non tanto ó mensaxeiro coma á propia mensaxe, ós contidos. De aí que as empresas invistan en redes de acceso, pero tamén en contidos para consolida-la súa posición do mercado. Existe toda unha armazón de capital, de actividade tecnolóxica, de actividade de mercado que teñen un futuro que descansa sobre o desenvolvemento da Internet. Esto todo desde o lado da oferta.

Desde o lado da demanda, estase a ve-la repercusión que está tendo a Internet no mundo, que xunto ó móbil, son as dúas únicas actividades que case se están a duplicar cada ano. Indubidablemente, non se poden manter estes niveis de crecemento cada ano. Normalmente os crecementos van diminuíndo a medida que se van alcanzando certos niveis de actuacións e aínda hai barreiras que dificultan o desenvolvemento, como adoita se-lo custo dun PC. Pero xa están a aparecer novos tipos de terminais para o acceso á Internet desde o móbil que pode eliminar este tipo de barreiras.

Por outra banda, falou o relator do tema tan controvertido como é o intento de regulación da Internet, xa que regula-la Internet é moi complicado:

1. Pola propia filosofía do nacemento da Internet, xa que foi deseñada coma unha rede militar, de supervivencia nun espacio de bombardeo nuclear. Isto fixo que a deseñaran da forma que é. É dicir, unha rede baseada na existencia de nós autónomos, de interconexións ou de conexións alternativas, onde o pro-funcionamento baséase na cooperación voluntaria de cada nó, de falta de xerarquía, xa que non depende de ningunha xerarquía. A Internet pode ser destruída nunha parte da

rede e seguirá a funcionar na outra parte. Pódense romper os enlaces nunha zona, e sortearanse por outras. Apagarase nun nó e buscará outro nó para poder completa-la comunicación. A Internet desenvolveuse de forma absolutamente anárquica.

2. Outro problema é a velocidade de evolución. A Internet aparece a finais do ano oitenta, no ano 86, 87 coma unha rede de centros universitarios, construída a partir dunha rede militar. Foi unha cesión da rede Arpanet ós centros universitarios por parte do exército americano que a seguiu subvencionando.

Co desenvolvemento tecnolóxico, esta rede fíxose máis fácil de utilizar por todos. O desenvolvemento da linguaxe HTML, é dicir, do hipertexto; o desenvolvemento do concepto WEB.

3. A Internet non quere deixarse regular, esta é a idea que deixou clara o relator. A Internet basicamente é unha rede ácrata, que está a ser comercializada por grandes empresas.

A poboación da Internet é unha poboación cunhas características moi claras, estase a falar das comunidades virtuais, pero son un feito. Antes falábase do control dos dominios que se baseaban unicamente no enderezo IP. Por moito control que haxa, calquera pode desde un ordenador pedir unha conexión cun enderezo IP e directamente se conecta a un ordenador dun club, que pode ser, por exemplo «a división da mafia siciliana nalgún sitio», que está usando un enderezo IP, pero que non ten ningún número de dominio.

A Internet é bastante complicada neste aspecto. Por eso estase a buscar como resolve-lo problema de preservar os dereitos fundamentais; a protección da imaxe, a protección dos dereitos do propio traballo, contra un medio que se manifesta na súa propia extensión, nas súas propias características como moi renitente a ser regulado.

A continuación, Juan Miguel de la Cuétara Martínez, catedrático de dereito administrativo e director de REDETI, na súa intervención sobre «Problemas e equilibrios da Internet desde a perspectiva xurídico-administrativa» apostou por busca-lo equilibrio entre o intervencionismo e a liberdade para o desenvolvemento do comercio electrónico. Tamén manifestou que lle parece razoable que tanto a Administración pública coma as empresas limiten o uso do correo electrónico dos seus empregados para fins particulares. Engadiu que a medida non é nova porque xa existe a limitación noutros instrumentos, como o teléfono.

O relator baseou a súa exposición en catro puntos:

1. *A xente ante a Internet*

O relator fíxose a seguinte pregunta, ¿como ve a xente a Internet?. Estamos nun momento de transición. A Internet está a cambiar, estámo-

nos adaptando a unha internet comercial que nace dunha internet inicial que non era comercial. Grandes empresas, grandes investidores, boom tecnolóxico, suba das accións das empresas.com na bolsa. Esa é a Internet comercial.

¿Que hai nesta Internet comercial? Hai moita publicidade, porque o propio dunha acción comercial é empezar pola publicidade. Mais, toda esta publicidade non debe impedirmos ver que a Internet segue a se-la que lle deu orixe: un sistema de comunicación de información útil, a calquera hora, a moi baixo prezo.

Este sistema de comunicación, rápido, barato, que alcanza a calquera ordenador do mundo e que lle dá información de tódalas partes, segue existindo dentro desta internet comercial. Se hai moita información e moita xente conectada, moitos intereses, o que acaba é a xente atopándose uns a outros e así fórmanse comunidades virtuais, que son comunidades de intereses de xentes que visitan a mesma páxina WEB, que se preocupan polas mesmas cousas. Todo isto xera ó final valor económico.

A xente está a ver na Internet novas cousas, novos servicios. Cada un de nós escollémo-lo que nos interesa. E esa é a gran vantaxe da Internet. Tendemos a ve-la Internet coma unha unidade, e teremos que vela coma o que é: unha rede de redes, un sistema de unión de redes distintas, nas cales hai moitas persoas, intereses e enlaces. Diversidade, polo tanto. A xente ve e utilizará a Internet como medio para satisfacer os seus propios intereses, por eso as páxinas WEB están agora mesmo tan preocupadas de que o usuario as personalice.

2. A lei ante a Internet

Empezou dicindo o relator que a lei ten que adaptarse á Internet. Hai un gran desafío na regulación da Internet. Pero, ¿por que hai que regular a Internet? ¿E que a lei é a encargada de lles dar forma a tódalas cousas que hai ó noso redor, incluso a Internet? Pois non, esa foi a súa resposta. A lei regula aquelas cousas que son conflictivas socialmente. Mais a lei debe de lles deixar un espacio de liberdade ás persoas para que fagan o que queiran, para facer realidade aquela frase da declaración de independencia americana: «tódolos homes nacen e permanecen libres e iguais en dereito».

A lei non pode invadi-la Internet, xa que a Internet aínda que non o pareza, está moi regulada. Existe o protocolo TCP/IP. E eso si está regulado porque quen non o use non pode estar na Internet. E é unha forma de regulación, e non foi feita pola lei, xa que non existe lei que o poida facer, nin a lei española porque é unha cuestión internacional, nin a lei norteamericana. Igualmente a rede necesita un sistema de enderezos, que tamén están en autorregulación internacional.

A idea que deixou clara o relator na súa exposición foi que a lei ten que deixar unha marxe de liberdade e, cando sexa necesario, se regulen as interaccións que se realicen na Internet, pero só cando sexa necesario.

3. *Os gobernos ante a Internet*

¿Que lle pedimos ou que esperamos que os gobernos fagan na Internet? Sabemos que os gobernos queren desenvolve-la Internet. Ven nela un avance cara á sociedade da información. Deben de axudar a que se estenda de forma igual para todos e que non se forme unha brecha social entre os que teñen acceso á Internet e os que non o teñen. Poden tratar de accelera-lo proceso de extensión destas novas redes, estas novas tecnoloxías. Pero, ¿como o poden facer? Con medidas obrigatorias, coercitivas, o que poderíamos chamar medidas de policía ou con medidas de impulso, de apoio ou de fomento. Claramente a situación actual da Internet leva cara ó fomento. E é o que están a face-los gobernos, tanto o europeo coa súa iniciativa e-Europe, coma o Goberno español con Info XXI. Son basicamente programas de fomento.

Pero, ante todo, os gobernos teñen que entende-la Internet, xa que un dos problemas dos nosos políticos e dos nosos lexisladores é que non entenden a Internet. Os gobernos ante a Internet deben autorres-trinxirse.

4. *A Administración ante a Internet*

A Administración debe executa-la lei e coñece-lo espírito da lei.

Desde o momento en que os medios tecnolóxicos entraron na Administración, esta ten que se-lo espello do uso das novas tecnoloxías e ser un exemplo da súa utilidade.

A Administración de xustiza tende a ser un pouco máis antiinnovacións, xa que xoga coas liberdades das persoas, tende a ser moi conservadora e non lle gustan demasiado os avances, xa que busca sempre a garantía.

En canto á Administración educativa ten unha especial responsabilidade en lles dar ás xeracións futuras un contacto, unha formación pronta nestas cuestións.

O derradeiro relator da mañá foi o avogado, experto en dereito das telecomunicacións, Javier Cremades García, quen falou das «cuestións legais da Internet» (1ª parte).

Falar da Internet é falar de comercio electrónico. Cando o Departamento de Defensa dos EEUU diseña a posibilidade de que a información vaia a través do proxecto Arpanet por distintas vías, había unha finalidade en principio defensiva, finalidade encamiñada cara ó que era o uso meramente interno da Administración de defensa norteamericana, o Pentágono, e despois salta á universidade, e finalmente á sociedade.

Pero o auxe, a explosión, o investimento masivo de medios vén da

man do comercio eléctrico. A Internet, polo tanto, ou é comercio electrónico ou dificilmente será ese inxenuo universal que permitirá esa comunicación para todos, cun ancho de banda suficiente, cunha capacidade suficiente. Pero ademais, unha das características da Internet é a aceleración tan intensa que proporcionou en diferentes sectores.

Se falamos da Internet como o que todos coñecemos cun ámbito de liberdade, transfronteirizo, onde a comunicación é practicamente instantánea, dámonos conta de que os tradicionais criterios do dereito son dificilmente aplicables, ou como dixo o relator, a Internet non se deixa facilmente dominar polo dereito. E ó mesmo tempo, na medida en que estamos nun ámbito de liberdade, o valor seguridade cobra unha importancia superior á que teñen outros onde a seguridade é máis fácil de garantir. Polo tanto, a maior liberdade, menor seguridade, e o dereito ten o obxectivo de protexe-los bens xurídicos en xogo e de garantir que eses criterios tradicionais tamén se sigan respectando na Internet. E tamén, o dereito debe manter esa vocación de dota-la rede de seguridade xurídica, de estabilidade, en definitiva, de continuidade.

Os elementos tradicionais do dereito, como por exemplo a territorialidade, acaban sendo superados pola propia natureza da Internet.

É curioso como as distintas xurisdiccións van adaptándose e van creando unha xurisprudencia que trata de lle dar resposta ó novo desafío que supón a Internet.

En Europa levamos un certo atraso en canto á penetración da Internet, un certo atraso que se as cousas van ben, podería ser recuperado coa nova tecnoloxía UMTS. A vantaxe europea fronte ós EEUU prodúcese unicamente no sector da telefonía móbil.

Probablemente, o que veremos é que as comunicacións de empresa acaben tendo como principal canle as redes fixas, a seguridade da banda ancha do cable físico de fibra óptica enterrado ou canalizado, en todo caso, e que as comunicacións persoais, o acceso incluso á Internet persoal, acabe sendo principalmente canalizado a través do teléfono móbil, a través das telecomunicacións sen fíos.

En canto ós aspectos xurídicos da Internet, o relator fixo unha visión panorámica sobre o que habitualmente adoita recaer na función dun avogado á hora de analizar un proxecto real da Internet. Cando a un avogado se lle pide que faga algo parecido a unha auditoría legal dun portal que está na rede ou que se vai posicionar na rede, xorden unha serie de puntos que deben ser analizados e tratados e que, dalgunha maneira presentan ese abano de posibilidades nas que o dereito ten algo que dicir, nos que o portal ten tamén algo que facer, en relación coas esixencias xurídicas.

Dentro dese obxectivo de presenta-los diferentes desafíos que a rede presenta, podemos dividir unha serie de grupos:

1. Análise da normativa en materia de protección de datos:

Cando alguén pon un portal na rede o primeiro que se propón é gañar visitas, gañar cibernautas e rexístralos. E eso non é tan fácil. Non é tan sinxelo como recoller datos persoais, senón que hai que verificar qué datos poden ser recollidos, cómo poden ser recollidos, qué hai que comunicarlle ó subscritor, ó visitante, en definitiva ó cliente que se está a mostrar fiel.

Nestes casos, o dereito á intimidade, á privacidade, o dereito á auto-determinación informativa, o dereito a que un decida qué sabe dun mesmo, pode ser ó final vulnerado pola propia tecnoloxía.

2. Propiedade industrial (que será analizada polo miúdo polo profesor Fernández Novoa):

En moitas ocasións hai proxectos que non nacen en España, senón que nacen cunha vocación universal, que requiren unha uniformidade en canto ó nome co que se presentan, en canto ó nome de dominio.

O nome de dominio pode ser accesible ou inaccesible. É accesible cando está dispoñible, se consiga e se reserve. E é inaccesible porque xa está reservado, ou trátase dun nome xenérico que nun principio non se lle concede a ningunha persoa xurídica para que o explote. Existen dous exemplos concretos que xa se solucionaron e que están en marcha:

Primeiro: a primeira compañía mundial en produción mecánica de papel e de prensa escrita, QUEBECOR, unha compañía canadense, que ten o 70% do mercado norteamericano, o 90% do canadense, o 60% do francés, o 30% do español. Unha enorme compañía en bolsa, lanzou un portal na Internet co nome de «canoa.com» no Canadá. ¿Que pasa con este nome? Houbo dificultades de todo tipo: en primeiro lugar os seus contidos íanse xerar nun 80% desde o punto de vista global nun 20% no Canadá; e en segundo lugar, cómo reservar eses nomes en cada unha das distintas xurisdicións. Así, por exemplo en Chile o termo «canoa» non é un termo utilizable xa que ten certa connotación e non se pode utilizar no comercio.

Hai aquí unha dificultade, probablemente no caso chileno estaba dispoñible a palabra, pero non sería de interese de ninguén, entón ¿que se fai neste caso? ¿Como solucionar este problema que non vén desde o punto de vista do dereito, pero si desde o punto de vista da realidade? Ou coma no caso español, onde ese nome é considerado coma un xenérico.

Son problemas que un avogado ten que resolver, sen que ás veces a resolución final estea na súa man.

¿Que se pode facer ou que se fixo nun caso coma este?, pois primeiro intenta-la concesión dun nome especial, que é cando hai unha previsión legal e é cando o goberno entende que se dan unhas circunstancias especiais, no eido comercial, cultural..., pode autorizar que un xenérico

sexa utilizado coma nome especial, e polo tanto se lle conceda esa denominación.

¿Que sucede no caso de Chile? Pois hai quen busca nomes alternativos: «mi canoa», «portacanoa», «canoe» ou abandona-lo nome de «canao».

Segundo: ¿que sucede no campo dos nomes de dominio cando hai un conflito entre marca e nome? Como se sabe, para reservar un nome de dominio fai falta ter ou a denominación social ou a marca. ¿E que sucede cando alguén ten a marca e a denominación social? É un tema que inicialmente era moi conflictivo, porque a reserva inicial foi libre, e calquera podía reserva-los nomes de dominio que pretendese, e finalmente fóronse artellando mecanismos que fixeron que aqueles primeiros lexítimos titulares da denominación social puideran prevalecer ou facer prevalecer ese dereito previo sobre aqueles que sen outro título reservaran o nome de dominio.

Un caso moi concreto deuse hai dous anos: en Miami creouse unha compañía con capital mexicano denominada «Contenidos Digitales de México»; en Miami «Contenidos Digitales de Miami»; en España «Contenidos Digitales del Mediterráneo». É unha compañía multinacional, dunha famosa familia mexicana -familia Cañedo- e que pretende crear unha especie de televisión na Internet, un portal cunha forma distinta de anunciarse. E denomínana ALÓ. Cando chegan a España, resulta que ALÓ é o nome dun operador de telecomunicacións e que tiña reservado o nome «ALÓ.es». ¿Que sucede? É un tema que xuridicamente é moi complicado xa que hai que facer vale-los dereitos do titular da marca, e hai que preitear. Un non pode lanzar unha marca, sen te-la seguridade de te-lo dominio pleno sobre ela.

Debe terse en conta, en canto ós elementos que conveña protexer, a información confidencial, as ideas de negocio, os propios plans de mercadotecnia, as estratexias comerciais.

Fai falta unha protección integral de marcas e nomes de dominio na Internet, en ocasións transfronteiriza, internacional, o cal esixe a mobilización de equipos xurídicos expertos en cada país, cunha xestión complicada en canto a recursos, a documentos apostilados...

Outra forma de protexer todo isto, é mediante o establecemento de pactos de confidencialidade. Xeralmente, cando un ten acceso a un plan de negocio ou a unha idea de proxecto en fase de desenvolvemento ou xa cun certo despegamento no seu proxecto, esíxenselle un pacto de confidencialidade para preserva-lo tráfico de información a terceiros. Pero tamén é certo que non hai ningún control sobre este, case é unha medida preventiva máis ca un seguimento de que realmente a información non acaba indo a outras mans, a outros competidores.

Dentro do que é a avogacía hai unha obriga de lle comunicar, sobre todo ó cliente previo, a posibilidade de representar un novo cliente que

puidera entrar en interese co propio. Así os clientes séntense tranquilos e satisfeitos cando ven que no grupo profesional que os asiste se vai acumulando coñecemento, sempre que haxa unha garantía de que o propio non se vai traspasar, non se lles vai ceder ós competidores.

3. Creación de probas de titularidade, a protección mediante a propiedade intelectual dun lado e a propiedade industrial doutro, e por último a recuperación dun dominio.

4. Debe terse en conta tamén a normativa en materia de publicidade.

En xeral facer contratos na Internet é algo relativamente complicado, xa que non serven os formularios, hai que facer un contrato novo, inventarse un contrato cada vez que ó cliente se lle ocorre facer un posible negocio con alguén.

5. Outro bloque importante é o tema da resolución de conflitos xurisdiccionais en materia de comercio electrónico.

Rematou dicindo o relator que a presenza dos avogados no mundo da Internet é crecente e é moi importante, e cre que estamos a xogar un papel moi importante neso que é a construción da sociedade da información, onde o dereito ten que estar evidentemente presente.

Pola tarde interveu o avogado experto en dereito das telecomunicacións e secretario técnico da REDETI, José María Echevarría Barbero, quen falou das cuestións legais da Internet (2ª parte).

O relator baseou a súa exposición no que el entende como cadea de valor da Internet. E, a partir desa cadea, afondou naquelas barreiras, naqueles «colos de botella» que neste momento saltan á vista. Primeiro fíxose a seguinte pregunta, ¿que é a Internet? A Internet é unha rede de redes. Aínda que, debería ser, desde o seu punto de vista, unha rede de transmisión de datos. É unha infraestrutura, que é o soporte de multitude de servicios e unha fonte inesgotable de coñecementos. É unha rede transparente, global e descentralizada, xa que xurdiu allea a calquera intervencionismo estatal.

Despois foi desenvolvendo cada un dos elos da *cadea de valor da Internet*:

1. *Usuarios* da Internet: que somos practicamente todos. O relator diferenciou dúas clases de usuarios:

a) usuarios residenciais: os usuarios particulares e as pequenas empresas da Internet.

b) usuarios corporativos: aquelas empresas cun maior poder financeiro, con posibilidades de afrontar grandes investimentos na Internet, como as administracións públicas e institucións privadas.

Desde o punto de vista dos usuarios, e segundo o «Estudio xeral de

medios», en España existen ó redor de 4,6 millóns de usuarios, que representan o 13,4% da poboación.

Se temos en conta a distribución xeográfica dos usuarios, vese que existen grandes diferencias entre as comunidades autónomas: a maior densidade de persoas con acceso á Internet reside na Rioxa (21,7% de penetración da Internet nos fogares); seguidamente está Cataluña (18,4%); Navarra (14,4%); Galicia ocupa o antepenúltimo lugar cun 7,6% por diante unicamente de Castela-A Mancha (7,5%) e Estremadura. Non obstante, este número de usuarios é relativo, xa que non se tivo en conta para a súa mediación a poboación. Neste momento, sobre este íter, o da poboación, Cataluña ocupa o primeiro lugar, seguida de Madrid e da Comunidade Valenciana.

Por situa-lo grao de desenvolvemento de España na Internet respecto doutros países da UE, España atópase situada no antepenúltimo lugar en canto a porcentaxes de accesos á Internet desde o fogar, cunha penetración do 10%, cando a media europea xira en torno ó 18%.

Outro dato significativo é que a principal actividade sobre a que vai encamiñada esas conexións é o comercio electrónico. En segundo lugar atópase a busca de material educativo e de formación.

2. Mercado de terminais:

Evidentemente usuarios sen terminais de conexión á Internet son usuarios que non poden ou non teñen as ferramentas necesarias para entrar na Internet. Neste momento, cre que o mercado de terminais é un mercado que constitúe un «colo de botella» cara ó uso xeneralizado da Internet en España. O parque de ordenadores que posúe España é moi inferior á media europea. As administracións públicas e as empresas nos últimos anos fixeron un importante investimento para adecuar estes equipos e facérllelos accesibles ós empregados e ós cidadáns.

¿Cal será o terminal que será globalmente utilizado polos usuarios da Internet? Utilízase fundamentalmente o ordenador. Aínda que existen outras posibilidades. Estamos a observa-lo despegamento da televisión como equipo de conexión á Internet. Estase falando tamén das novas tecnoloxías de móbiles, móbiles de segunda xeración, WAP, GPRS, UMTS.

Polo tanto, entende o relator que o mercado da Internet constitúe unha barreira de entrada. A Administración ten moitas posibilidades de estende-lo uso da Internet, e así o está a facer. A iniciativa Info XXI reflícteo.

3. Conexión á Internet:

A conexión á Internet pódese levar a través de dúas vías ou dúas redes:

- a) rede telefónica conmutada: accesos que utilizan a rede telefónica e o teléfono para marcar e establece-la comunicación entre os terminais.
- b) alugueiro de circuítos para establecer comunicacións permanen-

tes. Os custos son inxentes. Non é unha ferramenta idónea para acceder á Internet para a xeneralidade dos usuarios.

A rede telefónica conmutada si que o é. O par de cobre pode garantir velocidades de ata 56 kbps, é dicir, velocidades bastantes baixas en comparación con outras series de velocidades, que están dando outras tecnoloxías. Pero é que o propio relator nunca lle deu esta velocidade.

Cando falamos da conexión á Internet só contamos con dúas alternativas, porque aínda non contamos con alternativas á rede de acceso de Telefónica. A día de hoxe, a Administración, dada a anchura de banda que está a demanda-la Internet, propúxose dúas solucións alternativas: solucións RDSI e solucións ADSL.

Solucións que o que fan é separa-lo tráfico de voz do de datos xustamente antes de que sexa tratado este tráfico pola central local de conmutación. ¿Que se consegue con esto? Por un lado, que non se colapse a rede de Telefónica, unha rede orientada a comunicacións de voz, e por outro, unha tarifa plana de acceso á Internet. Parece que o Goberno español considerou a apertura do bucle local de Telefónica, do par de cobre, é dicir, a posibilidade de que outros operadores compartan fisicamente o par de cobre con Telefónica («opción de acceso compartido»), ou tamén, a «opción de acceso completo» que significa que calquera operador que o desexe pode chegar á Internet mediante uns prezos que serán previamente fixados e alugarlle a Telefónica un bucle.

4. *Conectividade á Internet:*

A conectividade á Internet pretende separa-lo que é a conexión, aqueles provedores de redes, daqueles que só prestan unha serie de servicios completamente definidos e que non son outros que:

- os que autorizan ou autentican a identidade dos usuarios, é dicir, autentican que aquel cliente que pretende entrar nos seus ordenadores, é cliente seu.
- os que outorgan un enderezo da Internet.

Outra das funcións que realizan os provedores de servicios da Internet é garanti-la conexión ou conectividade de tódolos usuarios que se concentran na Internet. ¿Como se logra esta conectividade? Simplemente interconectándose cunha rede ISP.

5. *Segmento de mercado dos empaquetadores de servicio:*

¿Que é un empaquetador de servicios? É aquela entidade que se encarga de nutrirse de servicios e contidos da rede interna e poñelas a disposición do usuario. O exemplo é o dos portais da Internet. Podemos falar de dous tipos de portais:

- portais horizontais ou portais xeralistas, onde podemos coller todo tipo de información, servicios...

■ portais verticais, centralizados nunha materia, focalizados cara a un determinado usuario da Internet, que pode percibir deles todo tipo de información, servicios,...

A Administración debe e pode xerar un gran portal, un portal que non estea tan disperso pola rede Internet, coma o están agora mesmo as diferentes institucións que a compoñen.

O segundo relatorio da tarde correu a cargo do profesor de dereito administrativo e secretario xeral da Universidade da Laguna, Francisco Hernández González, sobre «A Internet e as tecnoloxías telemáticas na Administración». O relator ocupouse do problema da aplicación das tecnoloxías nas administracións públicas, en concreto ó que atangue á utilidade da Internet nas relacións cos cidadáns e as súas implicacións nos procesos administrativos. Dividiu a súa exposición en dúas partes:

1. obxectivos de mellora e os requisitos técnicos nas accións prioritarias que se deben acometer.
2. consecuencias xurídicas desta utilización.

En canto ós obxectivos que o uso das tecnoloxías lle reporta á actividade administrativa:

a) Mellora-los sistemas de comunicación recíproca polos cidadáns. Refírese non só ós sistemas de comunicación da Administración cara ós cidadáns, senón tamén ós sistemas de comunicación desde os cidadáns cara ás administracións, como son os sistemas de recollida de datos, enquisas, caixas de suxestións ou de reclamacións.

b) Mellora-la calidade das decisións a través de incrementa-la participación dos cidadáns na toma de decisións.

c) Integración dos sistemas de información, xestión das administracións, de forma que se permita non só o acceso libre á información, senón tamén, a posibilidade de enviar impresos e documentos ou a consulta ou o estado de tramitación dos procedementos.

d) Intercambio sistemático de informacións entre administracións públicas, co fin de que os servicios que se prestan sexan máis eficaces, pero tamén co fin de evitar que os cidadáns teñan que lles achegar sucesivamente información ás diferentes administracións, que moitas veces é repetida.

e) Axilización e simplificación procedemental mediante a catalogación de procedementos tipo. A implantación do que se coñece como «portelo único».

Para acadar estes obxectivos, faise necesaria unha serie de accións prioritarias:

a) Crear unha intranet administrativa que integre as diferentes redes departamentais co fin de compartir información e recursos.

b) Crear unha rede multiservicio que soporte voz, datos e imaxes, aberta ós cidadáns e que permita a implantación de servicios avanzados, como son as videoconferencias.

c) Creación dun portal único de acceso á Administración que poña a disposición dos cidadáns un mapa organizativo, a través do cal se poidan realizar trámites administrativos e face-lo seguimento dos procedementos que se tramitan nas administracións.

d) Elaborar unha guía de procedementos, de servicios, de prestacións da Internet a disposición dos cidadáns, con información en tempo real, e a posibilidade de imprimir documentos e a lectura de tarxetas magnéticas ou electrónicas.

e) Instalación de puntos de atención ó cidadán en lugares públicos, de fácil acceso.

f) A instauración ou elaboración dun plan de seguridade que permita achegar suficientes garantías na utilización destas técnicas. E eso a través do desenvolvemento da firma electrónica e a criptografía.

Todas estas accións redundarán na mellora da calidade dos servicios que prestan as administracións públicas:

1. Porque permite ter unha información en tempo real.
2. Porque permitirá mellora-la participación cidadá e o acercamento da Administración ós cidadáns.
3. Porque permite a redución de custos desde o punto de vista da Administración.
4. Porque se consegue unha automatización e racionalización dos procedementos.
5. Porque se permitirá utilizar un portelo único.
6. Porque se conseguirá potencia-lo intercambio de información entre as distintas administracións.

Todas estas vantaxes pasan por garantir unha serie de condicións técnicas:

1. O acceso xeneralizado á rede, é dicir, o acceso do maior número de usuarios, co fin de evitar que se poida crear unha brecha entre os cidadáns conectados e os non conectados, que podería levar a desigualdades sociais.

Na actualidade opera un sistema no que o individuo debe adaptarse ás tecnoloxías, mais debemos cambiar este mecanismo, que sexan as tecnoloxías as que se adapten ás necesidades dos individuos. Polo tanto, facilidade de uso da tecnoloxía.

Deixando a un lado as cuestións técnicas, prodúcese unha limitación na navegación polas páxinas das administracións públicas, que son as li-

mitacións lingüísticas. Un exemplo claro é o seguinte: o Concello de Barcelona, ofrece xestións na súa páxina WEB en catalán, en castelán e en inglés; pero os trámites administrativos só se poden facer en catalán. Así deixa en dúbida o disposto no artigo 36 da Lei 30/92, que obriga que os trámites se poidan facer no idioma que solicite o interesado. Por outra banda, Galicia ofrece a información só en lingua autonómica, pero os documentos, as instancias si están en galego e en castelán.

2. Temos que garantir un acceso rápido.

3. O acceso seguro. Asegura-la confidencialidade, a integridade e a autenticidade das mensaxes que se tramitan pola Internet, e utiliza-la criptografía e a firma dixital.

Pero hai outro problema: a proliferación de enderezos na Internet. Tradicionalmente os entes administrativos viñéronse rexistrando na Internet sen se axustaren a ningún tipo de regras. Exemplos claros hainos nos concellos: ayun + nome cidade (Valencia); ayto + cidade (Sevilla); muni (Madrid); bcl (Barcelona). Co cal dificilmente poderemos ter un modelo estandarizado de enderezos. Faise necesario velar pola uniformidade dos identificadores, definir unhas regras comúns para adxudicados enderezos das administracións públicas.

4. O plan de formación. Todo este sistema falla se non se consegue unha adecuada formación dos empregados públicos, unha formación específica e permanente.

5. Outro problema é a nova organización do traballo. A medida que se incrementa o uso da informática, aparecen novos cometidos, novas tarefas que requiren un persoal adecuado. Pero non só persoal informático.

Por outra banda, a tecnificación da Administración tamén vai comportar algúns riscos:

1. Deshumanízanse os servizos públicos. Pode aparecer unha nova resposta isto non se pode facer porque o ordenador non o permite. É dicir, si se podería recoñecer, non habería impedimentos legais, pero o programa do ordenador non o permite. Polo tanto, denegación por razóns técnicas, non xurídicas.

2. Unha certa alienación do traballo. Na medida en que un simple virus informático poida paralizar toda a Administración. Paraliza o funcionamento da Administración e en certa medida perdemos marxe de operatividade, e perdemos liberdade.

En canto ó marco xurídico que presenta a utilización da Internet nos procedementos administrativos, vén delimitado basicamente pola Lei 30/92 nos seus artigos 38 (interconexión dos rexistros); 45 (informatización dos procedementos); 59 (notificación por medios electrónicos).

Temos tamén unha serie de decretos que a desenvolven: o Decreto 263/96; o Decreto 772/99 e o Decreto lei de firma electrónica.

O relator ó final da súa intervención fixo unha reflexión: aínda temos un marco xurídico insuficiente. E non se refire ás comunidades autónomas onde é inexistente. No propio marco estatal é insuficiente. E non só na utilización das tecnoloxías nos procedementos, senón outros trámites importantes: a contratación administrativa (Lei de contratos das administracións públicas), non ten ningún artigo sobre a licitación administrativa electrónica. Non sucede o mesmo coa contratación privada, que si se prevé (Lei de condicións xerais da contratación).

Encomeza o segundo día das xornadas co relatorio de Carlos Fernández-Novoa Rodríguez, catedrático de dereito mercantil da Universidade de Santiago de Compostela, sobre o conflito entre nomes de dominio na Internet e as marcas.

Empezou dicindo o relator que os ordenadores conectados á rede mundial identifícanse a través de enderezos numéricos, números separados por puntos. Pero para facilitárlle-lo manexo destes enderezos ós usuarios da Internet eses enderezos numéricos convértense en nomes. Son os nomes de dominio. O nome de dominio é un signo denominativo que identifica un ordenador conectado á rede, que ten dúas compoñentes:

- un dominio de primeiro nivel: top level.
- un dominio secundario ou de segundo nivel.

O dominio de primeiro nivel (.com) é común a tódolos nomes de dominio que pertencen a un mesmo sector, ou a unha mesma categoría. E segundo a índole do sector ou da categoría, diferéncianse os dominios xenéricos e os territoriais ou xeográficos.

Os nomes de dominio de primeiro nivel xenéricos clásicos son **com**, **net** e **org**; identifican o ordenador conectado á rede de acordo coa información que pode subministra-lo correspondente ordenador; e os nomes de dominio de primeiro nivel territoriais son .es (España), .de (Dinamarca), identifican os ordenadores conectados á rede en atención ó territorio no que estean asentados.

Os nomes de dominio de carácter xenérico son asignados pola ICANN, corporación norteamericana de dereito privado. Os nomes de dominio territoriais son asignados en cada estado por un órgano, que pode ser de dereito público ou privado.

Os nomes de dominio entraron e entran en conflito coas marcas. O profesor tratou no seu relatorio dunha solución para os conflitos denunciados, a través do Centro de Arbitraje e Mediación da Organización Mundial da Propiedade Intelectual (OMPI), con sede en Xenebra. Centrouse nos conflitos entre as marcas, por un lado, e os nomes de

dominio xenéricos. Non falou do conflito entre as marcas e os nomes de dominio territoriais.

Os nomes de dominio xenéricos son asignados pola ICANN, que os asigna de xeito mundial (com, net e org). Aínda que se descentralizou esta función, a responsabilidade correspóndelle á ICANN. A asignación dos novos de dominio xenéricos efectúase aplicando dous principios moi rudimentarios:

1. principio first come, first served. Este principio recorda bastante o noso vello aforismo «prior tempore, potior iure». O que chega antes, obtén o rexistro.

2. principio de que dentro dun mesmo sector de nome de dominio xenérico, non poden coexistir dous nomes de dominio idénticos de segundo nivel.

Solicítase o rexistro dun nome de dominio constituído por unha marca, solicitude feita polo polo propio titular da marca, e este comproba moi frecuentemente que un terceiro se lle adiantou ó obte-lo rexistro do nome de dominio coincidente coa marca. Se isto ocorre, o titular da marca, ás veces ten que lle pagar ó titular do nome de dominio unha suma elevada co fin de que lle ceda o nome de dominio coincidente coa súa marca. Prodúcense moitos abusos («cybersquatting»).

A ICANN estableceu a «Política uniforme de solución de controversias en materia de nomes de dominio», aprobada en agosto de 1999, para resolve-los conflitos entre unha marca e un nome de dominio. Neste sistema de solución de controversias a ICANN non actúa como mediador, senón que lles encomendou esta función a certas entidades:

- Ó Centro de Arbitraje e Mediación da Organización da Propiedade Intelectual (con sede en Xenebra),
- A unha entidade norteamericana, National Arbitration Forum (NAF, con sede en Minneapolis),
- Unha entidade canadense, Disputes Orgle Resolution Consortium (DEC, domiciliada en Montreal),
- Outra entidade norteamericana, CPR Institute for Dispute Resolution (CPR, con sede en Nova York).

O procedemento que se contempla na Política Uniforme mostrouse coma un mecanismo bastante eficaz para sancionar certos casos de piratería ou cybersquatting. A eficacia do procedemento ten a súa principal razón de ser na circunstancia de que o titular rexistral dun nome de dominio xenérico sométese expresamente, no momento de efectua-lo contrato de rexistro, ó procedemento arbitral. Deste modo, os titulares de marcas coincidentes cos nomes de dominio teñen aberta a porta para presentar unha demanda nunha organización competente contra o titu-

lar do nome de dominio. Pode facelo tanto se se trata do titular dun nome de dominio rexistrado con posterioridade a decembro de 1999, coma se se rexistrara con anterioridade. Esta tese, a de que tódolos titulares de nomes de dominio com, net e org están sometidos ó procedemento de arbitrase, foi mantida reiteradamente, por exemplo pola OMPI (caso Seur).

Este procedemento previsto pola Política Uniforme é bastante áxil, rápido e barato. O fallo do panelista adoita emitirse nun prazo de dous meses contados a partir da presentación da demanda. Aplícase na resolución dos conflitos un regulamento de outubro de 1999. O procedemento iníciase coa presentación da demanda por parte do titular da marca, que ten que ser contestada polo demandado dentro dos 20 días naturais contados a partir da notificación da demanda. A lingua do procedemento é en principio a lingua do acordo do rexistro, normalmente o inglés, xa que estamos ante nomes de dominio xenéricos, ó menos que as partes decidan o contrario, e o panelista designa outra lingua tendo en conta as circunstancias do caso. Por outro lado, non é obrigatoria a intervención do avogado, pero na práctica é frecuente, para defender sobre todo o titular da marca.

En primeiro lugar, o parágrafo 4, letra a) da Política Uniforme establece os extremos que debe probalo demandante, titular da marca, para que a súa petición teña éxito:

1. Que o demandado posúe un nome de dominio idéntico ou similar, ata o punto de crear confusión con respecto a unha marca de produtos ou servicios, sobre a que o demandante ten dereitos.
2. Que o demandado non ten dereitos ou intereses lexítimos respecto ó nome de dominio.
3. Que o demandado posúe un nome de dominio que foi rexistrado e se utiliza de mala fe.

A interpretación destas normas contidas no parágrafo 4, letra a) presenta diversos problemas:

1. O demandante ten que probar que o demandado é titular dun nome de dominio confundible coa marca do demandante:

Suscitouse a cuestión de se o demandante pode apoiarse non só na marca rexistrada, senón tamén nos dereitos sobre un signo meramente usado e incluso no dereito sobre o propio nome. Esta cuestión, a posibilidade de invocalo propio nome como fundamento da demanda, foi abordado na Resolución do Centro de Arbitrase e Mediación da OMPI do 22 de maio de 2000.

2. O demandante ten que probar que o demandado non ten dereitos ou intereses respecto ó nome de dominio do que é titular.

Impónselle ó demandante a carga de probar este requisito. Pero na práctica véñse mantendo que en realidade é o demandado o que ten que probar que posúe dereitos e intereses lexítimos sobre o nome de dominio do que é formalmente titular. En apoio desta tese, adúcese o disposto no parágrafo 4, c) da Política Uniforme que obriga o demandado a demostra-la existencia de dereitos e intereses lexítimos sobre o seu nome de dominio. Alégase tamén que a circunstancia de que o demandado non ten dereitos e intereses lexítimos sobre o nome de dominio é un feito negativo, que concirne á esfera xurídica do demandado e parece máis equitativo que sexa o demandado o que asuma a carga de proba-la existencia de tales dereitos e intereses lexítimos.

3. O demandante ten que probar que o demandado posúe un nome de dominio que foi rexistrado e que se utiliza de mala fe.

O parágrafo 4, letra b) da Política Uniforme enumera certas circunstancias que constitúen indicios de que o demandado rexistrou e utiliza de mala fe o nome de dominio:

- Que o demandado rexistrou o nome de dominio ou adquiriuno co fin de lle vender, alugar ou ceder doutra maneira o rexistro do nome de dominio ó demandante, por un prezo que supera os custos diversos documentados que están relacionados directamente co nome de dominio.
- Que o demandado rexistrou o nome de dominio a fin de impedir que o titular da marca de produtos ou de servicios reflecta a súa marca nun nome de dominio.
- Que o demandado rexistrou o nome de dominio co fin de perturba-la actividade comercial dun competidor.
- Que ó utiliza-lo nome de dominio o demandado intentou de maneira intencionada atraer con ánimo de lucro os usuarios da Internet, creando a posibilidade de que exista confusión coa marca do demandante, en canto á fonte, patrocinio, afiliación ou produción.

Este conxunto de indicios foi desenvolvido e interpretado pola pequena xurisprudencia emanada do Centro de Arbitraje e Mediación da OMPI.

Relatou despois o profesor dous casos relativos a marcas españolas que foron resoltos polo Centro de Mediación e Arbitraje da OMPI: caso URALITA, resolto pola Resolución do 12 de maio de 2000; caso ANTENA 3, resolto pola Resolución do 20 de outubro de 2000.

Naturalmente, no procedemento de arbitraje, o demandado ten a ocasión de contesta-las alegacións do demandante. Esta contestación (parágrafo 4, letra c) da Política Uniforme) ten que centrarse en que o demandado posúe dereitos e intereses lexítimos que xustifican a súa ti-

tularidade do nome de dominio controvertido. Na inmensa maioría dos casos, o demandado é condenado a lle transferir ó demandante o nome de dominio controvertido.

O profesor resaltou a inseguridade xurídica da rede e apostou por establecer un progresivo réxime internacional sobre os rexistros xenéricos. Para el a clave está en que os EEUU cedan o monopolio que posúen.

O derradeiro relatorio estivo a cargo de Fernando Gomá Lanzón, notario de Navalmoral de la Mata, e delegado de Informática do Consello Xeral do Notariado, co relatorio sobre aspectos notariais do contrato electrónico. En resumo, analizou o contrato electrónico e a incidencia na súa profesión.

O relator explicou os dous sistemas xurídicos que existen no mundo para os efectos documentais: sistema latino e sistema anglosaxón. Ámbolos dous comparten un principio xeral: a liberdade de forma, é dicir, non existe con carácter estricto que o negocio observe unhas formalidades para que produza os seus efectos. Pero tamén existen unhas diferencias entre os dous sistemas:

Sistema latino: é un sistema que parte do dereito romano. O seu ámbito inicial foron aqueles países romanizados. Parte dun principio de liberdade de forma documental. Pero limíttaa por necesidade de seguridade xurídica. É necesario premiar con efectos privilexiados certos tipos de proba, porque fan que o negocio sexa máis seguro, que haxa máis seguridade. E entre eles está o documento público. O notario é un produto típico do sistema latino:

- Autoriza documentos públicos. Asesora e fai que as partes sexan informadas do que lles interesa.
- Controla a legalidade do documento. Controla que o negocio estea dentro da lei. Controlan que as partes asinen, cando o poden facer, teñen capacidade e lexitimación.

Sistema anglosaxón: o seu ámbito de actuación céntrase nos países anglosaxóns (Gran Bretaña, os EEUU, Common Wealth). Establece un principio de liberdade de forma, moi ampla. Non hai documento público. O tráfico descansa no documento privado, e a xurisprudencia incluso por razóns de equidade admite o pacto verbal. Non hai requisitos formais, e polo tanto existe máis inseguridade. No tráfico inmobiliario impera o «seguro de títulos». Consiste en que como o adquirente non ten a completa seguridade de que o negocio se vaia producir con tódolos seus efectos, entóns contrata un seguro, e no caso de que non reciba o inmovible, unha compañía de seguros pagaralle unha cantidade. Non existe a figura do notario. Pero si que existe unha figura chamada notarie public. É un termo anglosaxón pero con termo latino. Pero non

é un notario, non crea documentos públicos. É un lexitimador de sinaturas. Non asesora, non controla a lexitimidade.

O sistema anglosaxón, que carece de documento público e de proba privilexiada é máis conflictivo xurisdiccionalmente. Pero é máis eficaz no sentido de que é máis flexible. É máis rápido.

Cando aparece o comercio electrónico, estes dous sistemas teñen que enfrontarse a el. O principal problema do comercio electrónico é a inseguridade, a falta de confianza:

- Falta de privacidade, a imposibilidade de saber se están mirando o que fas.
- Dificultade de saber se a persoa que está ó outro lado, é quen di ser.
- Inseguridade á hora de se o que recibes é o que enviaron, ou é outra cousa.

Preguntouse o relator acerca da misión que ten un notario neste panorama. O notario é un xurista latino, a súa misión é a de defender e propoñer principios latinos fronte á invasión anglosaxona. Debe potencia-la eficacia dos contratos. Pode e debe empeñarse en facer no mundo da transacción electrónica un lugar á medida do cidadán, e non ó revés, que o cidadán estea á medida do comercio electrónico.

O notario cre que «hai que enfrontarse á tecnoloxía, porque é fría e imparcial». Os xuristas non lle deben volvelas costas á tecnoloxía amparándose en principios humanistas. Teñen que entrar nela.

Despois citou unha serie de exemplos sobre problemas que existen na realidade, e como se solucionarían desde o sistema latino e desde o anglosaxón: cómo se demostra que envíei unha carta por e-mail, tal día e a tal hora. No sistema anglosaxón faríase un programa de ordenador que determinase que eso é así e que ademais non é manipulable. No sistema latino, iríamos ó notario e que sería este quen enviase o correo electrónico. Ninguén dubidará da súa certeza.

Outra función do notario é a de creador de dereito. Ó ter un contacto diario coa sociedade e como esta ten as súas necesidades, fai que se acaben facendo instrucións, mecanismos e negocios xurídicos para ela. Así, a sociedade limitada, a propiedade horizontal, a hipoteca en garantía de letras de cambio son creacións notariais. Isto no comercio electrónico tamén é posible.

A clausura destas xornadas correspondeulle ó director da EGAP, quen despois de destacar que a Xunta é pioneira na Administración electrónica coa prestación de servizos avanzados ó cidadán, e que «a Internet permite aforrar trámites e bríndalles ós usuarios a posibilidade de realizar xestións desde un simple ordenador», agradeceu no nome das dúas institucións a presenza do público asistente ás xornadas e tamén a intervención de tan prestixiosos relatores. Anunciou, asemade, que para o próximo século in-

tensificarían esta fructífera colaboración continuando de maneira máis intensa e realizando actividades que son de interese mutuo, e que entende que poden beneficia-la mellor formación dos notarios e dos funcionarios ó servizo da Administración pública de Galicia. 

XORNADAS SOBRE O XENOMA HUMANO E O DEREITO

(EGAP, Santiago de Compostela, 7 e 8 de febreiro de 2001)

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Non deixa de ser un símbolo, e un símbolo de esperanza, que os recentemente transcorridos século e milenio –os máis fecundos na historia da humanidade– se despediran co desciframento do mapa do xenoma humano moito antes do que se previra. A identificación dos cen mil xenes que nos conforman é un paso adiante xigantesco en beneficio do xénero humano, avance non exento de riscos, coma todos.

A cartografía xenética permite agora a análise e coñecemento individualizado de todos e cada un deses compoñentes minúsculos que levan dentro as nosas calidades e disposicións, as nosas carencias e defectos, a nosa saúde e a nosa enfermidade, o noso tempo dispoñible –o reloxo da vida– e a vida mesma. O alento profético deste coñecemento científico vai facer posible que o xénero humano viva máis e mellor, loitar contra a enfermidade antes ou despois de nacer mediante a enxeñería e a farmacoloxía, para prever e para curar.

Non debe ocultarse que o mercado de traballo ou mundo do seguro, as nocións de culpa ou de pena, a autonomía da vontade ou o libre albedrío, teñen que verse a unha nova luz e ofrecen riscos de limitacións para o individuo.

O dereito á intimidade, tan golpeado e agredido, cambia de perspectiva desde o momento en que cun simple anaco de unlla, de pelo ou de pel pode saberse todo ou case todo de calquera de nós, dereito que merece ser protexido non só fronte ó exterior, ós demais, senón fronte a un mesmo. Cada persoa ten *dereito a non saber* como recoñece o Proxecto de directiva da Unión Europea ó respecto.

Agora ben, o único que nos está prohibido é o medo, mal conselleiro, porque a xenética nos permite coñecer mellor o ser humano. A nosa actitude ten que consistir en manexar este instrumento con prudencia e regulalo para que produza tódolos seus beneficiosos efectos sen sombra de perigo.

O entendemento do xenoma promete revolucionar a práctica da medicina, e co tempo, os investigadores establecerán unha variedade de diagnósticos e tratamentos deseñados para cada doente individual, algúns dos cales aproveitarán os mecanismos que ten o corpo para repararse a si mesmo.

A Escola Galega de Administración Pública xunto coa Consellería de Presidencia e Administración Pública organizou unhas Xornadas sobre o xenoma humano e o dereito, que se desenvolveron na sede da propia EGAP, en Santiago de Compostela, ó longo dos días 7 e 8 de febreiro de 2001, coa finalidade principal de coñecer un pouco máis este complexo e, ó mesmo tempo, apaixonante tema. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia de máis de trescentas persoas. Durante o seu desenvolvemento, prestixiosos relatores tentaron achegarlles ós asistentes os problemas que poden xurdir a partir deste gran descubrimento que supón a secuenciación completa do xenoma humano.

Estas xornadas dirixidas por Rafael de Mendizábal Allende, a quen debemos felicitar polo seu brillante labor de coordinación e dirección, foron inauguradas por Manuel Fraga, presidente da Xunta de Galicia, que logo de dálle-la benvinda ós relatores e a tódolos asistentes, afirmou que *o século XXI comeza cun gran fito: o que supón a descrición completa do material xenético humano, o libro de instrucións para facer un ser humano*. Ademais, animounos a progresar no coñecemento científico do xenoma e reclamou un mínimo de principios que impidan que se faga un mal uso ou abuso en prexuízo do ser humano. Tamén esixiu que se garanta o dereito á confidencialidade dos datos xenéticos e que non se discrimine as persoas por razón do seu xenoma. Don Manuel destacou que a persoalidade dun individuo non pode reducirse unicamente ás súas características xenéticas e todo ser humano ten o dereito fundamental ó respecto da súa dignidade, independentemente das súas características xenéticas.

Así mesmo, sinalou que *ante os avances tecnolóxicos e científicos, debemos crear normas éticas que tendan ó coidado responsable do futuro da humanidade, posto que a xeración actual da humanidade non é propietaria do patrimonio da especie senón depositaria del, polo que debemos ter en conta a tódolos seres humanos, tanto presentes coma futuros.*

A continuación, o director das xornadas, Rafael de Mendizábal Allende, presentou a Santiago Grisolía e dixo del que, *por fortuna, como pasa tamén con quen nos preside, don Santiago Grisolía é un home que pasou da ciencia á sabeduría. A ciencia é algo que pode adquirirse, a sabeduría é unha mestura diso e dun don que alguén puxo en nós; é a capacidade de comprensión, a transmutación dos datos en moitas cousas.*

Santiago Grisolía, entre outras moitas cousas, ex-presidente do Comité da UNESCO para o Proxecto xenoma humano e secretario permanente da Fundación Valenciana de Estudos Avanzados, impartiu unha verdadeira lección maxistral, ilustrando a tódolos asistentes ás xornadas acerca da *xenética na súa dimensión científica e o estado da cuestión*. Grisolía afirmou que o actor principal para nós, ó igual que en tódolos organismos eucariotas, é o ADN, porque tódalas cousas vivas teñen un xenoma *que como dixo don Manuel é o libro de instrucións para face-lo que somos.*

Dentro do núcleo da célula temos toda a información, que despois está metida en cromosomas e temos aproximadamente uns 80.000 xenes, aínda que ninguén sabe exactamente se son 80.000, 70.000 ou o que sexa, pero é unha área na que se está a traballar con moita celeridade. Esta información xenética está en tódalas células, sen embargo, os xenes exprésanse dunha forma distinta nos diferentes tecidos: corazón, cerebro, etc.

O profesor Grisolía sinalou a importancia que ten, desde o punto de vista xurídico e penal, poder identifica-lo ADN dunha persoa con calquera anaco do seu corpo, porque nestes 3.000 millóns de anacos bioquímicos que compoñen as dúas cadeas de ADN hai variacións, de tal xeito que ningún de nós somos iguais, somos moi semellantes pero non hai dúas persoas iguais.

Afirmou que recentemente, houbo moitas discusións entre a Compañía Celera, que é unha compañía industrial, e os institutos nacionais da Sanidade nos Estados Unidos, sobre o xeito de analizar e comprender mellor o xenoma e ir rapidamente cara á súa análise total. A discusión fundamental que houbo era sobre se é mellor ir a modo, pouquiño a pouco, coller un cromosoma, identificalo, analízalo; ou romper todo ó mesmo tempo, utilizando métodos, sobre todo computadores moi rápidos como fixo Celera, como fixo Craig Venter. Polo visto, iso é o que máis éxito ten. Neste caso, o que se obtén é coma se foran fichas de dominó, e o que hai que facer é poñelas todas xuntas para ordenalas e formar este mapa físico que é o ADN.

Grisolía salientou a importancia dos *microchips*. Estes son chips nos cales se pode poñer un anaco dos xenes de alguén e que teñen dimensións da orde de aproximadamente 1 centímetro. Hoxe podemos identificar, non só as variacións dunha enfermidade, senón as variacións individuais. O profesor Grisolía afirmou que estamos no limiar da medicina individualizada.

O profesor fixo referencia ás compañías farmacéuticas que cando intentan conseguir un produto farmacéutico, fan un estudio dun grupo moi grande de persoas, o máis grande posible, para evitar problemas que, nalgúns casos, poidan ocorrer. A verdade é que, aínda así, a reacción a moitos dos produtos que nós mercamos na farmacia varía enormemente dunha persoa a outra, porque non hai dúas persoas iguais no mundo; ó mellor unha certa dose que se considera estándar é moito ou é pouco para unha persoa, polo tanto, esta tecnoloxía vai permitir este tipo de diferenciación.

Na actualidade, con estes microchips estamos intentando conseguir información a través do que se chaman *polimorfismos dun só nucleótido*. Inténtase conseguir un gran mapa destes polimorfismos dun só nucleótido co obxectivo claro de poder ver se un número de variacións está máis frecuentemente presente en persoas que teñan certo tipo de enfermidade, por exemplo, diabete ou enfermidades do corazón, etc., co cal se podería facer tamén este tipo de diagnóstico de xeito moito máis rápido e máis eficaz.

En efecto, coñécense xa aproximadamente dous millóns e medio de anacos dun só nucleótido e coñécense tamén aqueles que para un determinado produto farmacéutico son positivos ou son negativos e isto é moi importante porque aínda que unha compañía farmacéutica faga un grande estudio, de vez en cando, aparece unha persoa que non é capaz de tomar ese produto e pode ter unha enfermidade seria; razón pola que as compañías farmacéuticas teñen grande interese nesta área.

En canto á terapia xénica, o profesor Grisolía dixo que esta é unha área que avanzou quizais demasiado rapidamente, porque aínda non somos capaces de face-lo que queremos facer e o que queremos facer é substituír ou modificar un xene cando non estea funcionando ben. A verdade é que non se pode converter un xene malo nun xene bo; o que se trata de facer é que cando un xene non está funcionando ben, inténtase ou ben reprimilo, ou ben introducir outro xene que leve a información xenética.

Efectivamente o que está a ocorrer é que a maioría das investigacións sobre terapia xénica están dirixidas ó cancro ou a áreas que teñen que ver co cancro, o que quere dicir que as enfermidades monoxénicas téñeno mal porque, naturalmente, ós investigadores e ás comunidades farmacéuticas interésalles coñecer máis de enfermidades moito máis

comúns, pero tamén hai que preocuparse por estas enfermidades monoxénicas.

Desde o punto de vista de intentar obter unhas medidas terapéuticas rápidas, o que se está a utilizar ultimamente con grande éxito son os chamados *compostos antisentido*. Parece ser que este tipo está funcionando e, ademais, é relativamente barato co cal podería utilizarse masivamente.

Para concluír, fixo uns comentarios sobre a clonación que é un tema que atraeu enormemente a atención de tódolos asistentes. A verdade é que facer clonación con animais de laboratorio non ten problemas. Converter ou utilizar animais de granxa coma reactores biolóxicos, sobre todo para producir leite con proteínas, por exemplo, é algo que nos interesa moito e que é difícil de obter, pero que xa está en marcha. O que pasa é que, aínda así, a tecnoloxía non está tan avanzada como aparece de cando en vez nos xornais.

Agora ben, para o profesor Grisolia, a clonación en homes, *é unha parvada coma unha casa, é unha bobada tremenda*, xa que estudos con persoas que son xemelgos monoxenéticos, aínda que son exactamente iguais desde o punto de vista xenético, non o son como persoas porque as variacións que se experimentan polo medio natural, etc, conforman tamén as nosas terminacións nerviosas, co cal non hai unha persoa igual a outra, nin sequera eles. As súas terminacións nerviosas estanse a modificar continuamente. E, así, aínda que a tecnoloxía avanzase moitísimo, isto non tería sentido porque o que non se pode facer é transferi-lo que temos no cerebro, co cal non sería a continuación da vida en modo ningún. Isto non pode funcionar nunca porque as nosas terminacións nerviosas fórmanse pola experiencia ademais dos xenes.

O que si é importante é a clonación de tecidos e iso xa está en marcha. Tamén hai discusións sobre a utilización das células *madre*, de se podemos utiliza-las células de embrións que, polas razóns que sexa, por exemplo, por inseminación artificial, están nos laboratorios, ou obtelas directamente tamén a través doutros tecidos, por exemplo do cordón umbilical, etc. É moi interesante e supón un grande avance o feito de poder utiliza-las túas propias células para os teus propios tecidos. Isto ten a vantaxe enorme de que non se producen problemas inmunolóxicos porque son as túas propias células.

Hoxe en día xa se pode en moi pouco tempo conseguir cun pouquiño da túa pel, suficiente pel para cubrirete practicamente todo enteiro e, posiblemente, en breve, poderase utilizar esta mesma técnica para grandes cantidades de células: do corazón, fígado, etc. O que pasa é que o seguinte paso, o chegar a conformar un órgano é moito máis difícil porque xa non é soamente un xene, senón que son varios xenes os que participan ó mesmo tempo. Isto sábese moi ben polos estudos que se fixeron con

various animais: moscas, etc. e é que temos un sistema complexo de moitos xenes que ten que ver coa morfoloxía.

Aínda que en España estamos moi adiantados, sómo-los primeiros do mundo en transplantes, non hai suficientes doadores para os moitos casos que se presentan; e precisamente estase intentando coller órganos de animais como o porco que ten unhas dimensións moi axeitadas para facer transplantes. Precisamente, Galicia é a cabeza líder nesta área. Hai un laboratorio que está a facer este tipo de investigación con moito éxito. De tódalas formas non é unha cousa tampouco segura porque hai problemas sobre todo na posibilidade de conducir virus, etc.

No tocante ás vacinas, Grisolia afirmou que son os mellores produtos desde o punto de vista médico e hoxe o que se intenta conseguir, aínda que esta información se obtivo moitas veces por experimentos que non fan dirixidos nesa dirección, é introducir nun plásmido que se ten de bacterias un xene e entóns introducílo dentro dun tecido co cal podemos provocar non só a inmunidade humoral senón tamén a celular e isto pode ser unha área moi interesante para producir vacinas moito máis baratas e polivalentes.

Dalí dicía que esta dobre cadea de ADN era coma a escaleira de Jacob coa cal se podía chegar ó ceo. Finalmente, Grisolia afirmou que el viu a Dalí explicarlle o ADN a don Severo e, verdadeiramente, pagaba a pena.

O segundo relatorio da mañá correu a cargo de Ramón Martín Mateo, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Alacant, o cal se referiu ó *xenoma humano desde unha perspectiva xurídica*. Este ilustre relator puxo de relevo que un xurista non se pode abstraer ó seu contorno, senón que ten que responder ás demandas sociais e, entre elas, atópanse os progresos da tecnoloxía.

Así mesmo, destacou cáles son os principais problemas do dereito en relación co avance científico: orde pública, patentabilidade das invencións biotecnolóxicas, clonación terapéutica, identidade xenética xerminal (euxeñese), terapia xenética e protección da intimidade.

Salientou, ademais, que o marco xeral que temos que aplicar agora está constituído pola Directiva 98/44/CE do Parlamento europeo e do Consello relativa á protección xurídica das invencións biotecnolóxicas; a Lei 35/1988, do 22 de novembro sobre técnicas de reprodución asistida; o Código penal Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro; a Lei 42/1988 de doazón e utilización de embrións; a Lei 11/1986 de patentes, do 20 de marzo, e o Anteproxecto de lei de modificación da Lei 11/1986 de patentes, do 20 de marzo.

A Directiva europea 98/44/CE e, polo tanto, a Lei de patentes, están baseadas, a xuízo deste relator, no uso abusivo de conceptos xurídicos indeterminados. Segundo a mencionada directiva quedan excluídas da

patentabilidade das invencións, aquelas nas que a súa explotación comercial sexa contraria á orde pública ou á moralidade; non podendo considerar como tal a explotación dunha invención polo mero feito de que estea prohibida por unha disposición legal ou regulamentaria¹.

A orde pública e a moralidade son algo que, en definitiva, algunha sociedade asume pacificamente dunha forma maioritaria. Outra cousa son os principios relixiosos das distintas relixións. Son conceptos colectivos, non individuais. A conciencia común é aquela que nunha sociedade democrática o lexislador establece como tal.

Parece que instintivamente temos un certo rexeitamento cara á patentabilidade das investigacións tecnolóxicas. Parece que a patentabilidade está para as cousas, obxectos, bens, e aquí estamos nun campo moito máis complexo e delicado como é a patentabilidade do ser humano, de elementos humanos. ¿Ata que punto é patentable algo relacionado coa vida, coa nosa propia estrutura, co funcionamento dos nosos órganos? Isto é perfectamente posible, ademais de desexable.

A directiva dinos que non queda excluída a posibilidade de patentar as invencións susceptibles de aplicación industrial que se refiran a un elemento illado do corpo humano ou producido doutra forma mediante un procedemento técnico².

Non quedan excluídos procedementos técnicos que o identificaran, purificaran, caracterizaran e multiplicaran fóra do corpo humano, técnicas que só o ser humano é capaz de desenvolver³.

Serán patentables as invencións cando teñan por obxecto un produto que estea composto ou que conteña materia biolóxica⁴.

O que non está admitido é a patentabilidade do corpo humano no seu conxunto ou de elementos compoñentes do corpo humano no seu conxunto, así o artigo 5 da Directiva 98/44/CE establece que o corpo humano nos diferentes estadios da súa constitución e do seu desenvolvemento, así como o simple descubrimento duns dos seus elementos, incluída a secuencia parcial dun xene, non poderán constituír invencións patentables.

Este relator fixo referencia á clonación e dixo que ten dúas manifestacións. A clonación humana, que como dixo Grisolia é unha parvada porque ter un fillo idéntico a nós non é posible xa que logo se disocia pola educación e xa non é exactamente igual a nós. Isto está prohibido e ningún o discute.

¹ Artigo 6 da Directiva 98/44/CE.

² Considerando 20 da Directiva 98/44/CE.

³ Considerando 21 da Directiva 98/44/CE.

⁴ Artigo 3 da Directiva 98/44/CE.

Se se conseguise facer entroncables o sistema de información do xenoma, a linguaxe das proteínas, coa linguaxe informática, poderíamos, nun momento dado, trasladalo contido do noso cerebro a un ordenador e logo desde ese ordenador trasladariámoslo ó cerebro do noso fillo clónico, co cal teríamos un suxeito exactamente igual ca nós, coas nosas experiencias. Logo, empezaría a súa andadura, pero teríamo-lo noso auténtico dobre.

A grande esperanza da medicina está na clonación terapéutica, é dicir, crear transitoriamente un ser clónico, igual ca nós, do cal puidesemos aprovisionarnos para repara-lo noso organismo. A inmortalidade estaría a un paso, pero esperemos que este paso non se dea nunca.

Neste sentido, o considerando 40 da Directiva 98/44/CE di que no seo da Unión Europea existe consenso respecto de que a intervención xenética xerminar en seres humanos e a clonación de seres humanos son contrarios á orde pública e á moralidade; que é necesario, polo tanto, excluír explicitamente da patentabilidade os procedementos de clonación de seres humanos.

Por isto o artigo 6 exclúe expresamente da patentabilidade os procedementos de clonación de seres humanos. Así mesmo, o Código penal castiga a creación de seres humanos por clonación ou outros procedementos dirixidos á selección da raza⁵.

A selección da raza, en definitiva, tense que seguir deixando ó azar biolóxico. A lexislación actual é contundente neste terreo. A pesar de que a clonación terapéutica suscita un gran rexeitamento, sen embargo, debemos dicir que nestes momentos foi autorizada polo Parlamento inglés e tamén nos Estados Unidos para os sectores privados.

En canto á identidade xenética xerminar, é un tema sumamente escabroso. É a manipulación perfeccionista. Podemos escoller que o noso fillo sexa máis alto, máis louro, con ollos azuis, etc. A nosa lexislación actual non nolo permite. A manipulación xenética con fins non terapéuticos ou con fins terapéuticos non autorizados está considerada como infracción moi grave⁶. No mesmo sentido, o artigo 159 do Código penal castiga con pena de prisión e inhabilitación os que con finalidade distinta á eliminación ou diminución de taras ou enfermidades graves manipulen xenes humanos, de xeito que se altere o xenotipo. Tamén merece esta sanción, pola Lei 42/1988 sobre doazón e manipulación de embrións, a modificación do patrimonio xenético non patolóxico⁷.

⁵ Artigo 161-2 do Código penal.

⁶ Artigo 20 B) n) da Lei 35/1988, do 22 de novembro sobre técnicas de reprodución asistida.

⁷ Artigo 9. 2 A) a) da Lei 42/1988 sobre doazón e manipulación de embrións.

Parece que existe unha certa porta aberta a autoriza-la aplicación da tecnoloxía xenética con fins terapéuticos para crear mosaicos xenéticos beneficiosos por medio da cirurxía, ó transplantar células, tecidos ou órganos. A Lei de técnicas de reprodución asistida permite intervencións sobre o embrión con fins de diagnóstico que teñan por obxecto o benestar do *nasciturus*. Isto é un concepto xurídico moi indeterminado. Se o benestar do *nasciturus* pasa porque vai ser un borracho coma o seu pai e a seu pai non lle gusta iso, podería retoca-los xenes do seu fillo para que non teña estas propensións ou debilidades. Martín Mateo prevé que no futuro haberá clínicas e tratamentos dedicados a estas modalidades.

O Código penal dinos que a creación de seres humanos por clonación ou outros procedementos de selección da raza está prohibida pero, nestes casos, non se trata de selecciona-la raza senón de aliviar de enfermidades o xénero.

A Directiva 98/44/CE, no seu considerando 42, parte de que a utilización de embrións humanos con fins industriais ou comerciais debe quedar excluída da patentabilidade, pero esta exclusión non afecta as invencións técnicas que teñan un obxectivo terapéutico ou de diagnóstico que se lle aplican ó embrión e que lle son útiles.

Entón se é posible detectar, nos períodos máis avanzados do embarazo, as características patolóxicas do feto que pode desenvolver no seu día, se podemos facer unha terapia xenética e se lle aplica ó embrión e lle resulta útil, non creo que pola directiva nin o Código penal haxa maiores obxeccións; as obxeccións poden vir doutro tipo de consideracións, moralidade subxectivamente concibida ou por determinados sectores da poboación. Nin sequera o noso dereito positivo pon unha fronteira rigorosa, hai que esperar a unha maior difusión destes coñecementos e dos mecanismos dispoñibles pola medicina para un pronunciamento definitivo.

A explotación do sistema de identificación do ADN pola ciencia e a súa aplicación en diversos ámbitos da vida pública e privada, débese poñer en relación cun principio constitucional que é o dereito á intimidade persoal e familiar, recollido tamén no Código penal e que está conectado co dereito ó honor e á intimidade.

Debemos cuestionarnos se o noso DNI debería levar ou non impresa non só a nosa pegada dactilar, senón tamén, se debería incorpora-lo noso sistema de identificación do ADN. Martín Mateo cre que se se consegue a súa transmisibilidade ó soporte de papel, debería levalo e, deste xeito, rexistraríanse nos ficheiros da policía. O ADN pode usarse para a identificación dos criminais e tamén para a investigación da paternidade.

Máis escabroso é o tema nas relacións laborais. Se se lle pode esixir a unha persoa para empezar a traballar. Se se van substituí-las probas de mérito e capacidade por esta proba de ADN. Os empregadores poden recorrer a este método. Os que teñen un determinado ADN están destina-

dos a traballos manuais, etc. Isto lévanos a Huxley na súa obra *Un mundo feliz*.

Todo isto ten importantes consecuencias noutros sectores como, por exemplo, no financeiro xa que podería chegarse a que determinadas entidades bancarias non lles fixeran préstamos a determinadas persoas que son ludópatas e que se sabe polo seu ADN.

Do mesmo xeito, podemos atopar tamén consecuencias no sector do seguro que é un negocio con pouco risco. No seguro de vida, algunhas compañías esixen un exame médico e ¿poderíamos ocultarlles que témoslos días contados?, ¿pode recorrer-la compañía á análise do ADN? En Inglaterra xa empezaron a abrir fronteiras por este sector e, en determinadas circunstancias, son autorizadas as compañías de seguros para que lle reclamen ó potencial asegurado, pero vai contra a ética colectiva que as causas do rexeitamento poidan derivarse da análise xenética do seu potencial cliente.

Martín Mateo afirmou que *os xuristas temos que lles responder dalgunha maneira ós avances da ciencia que ogallá non se deteñan*.

Para remata-la sesión matinal M^a Dolores Vila Coro Barrachina, directora da cátedra e do doutoramento de bioética e bioxurídica da UNESCO, falou da *dimensión ética da investigación xenética*; e sinalou que a bioética é unha nova ciencia que pretende harmoniza-los feitos biolóxicos cos valores morais. Para esta relatora a vida humana comeza na concepción, e isto para ela é unha realidade biolóxica, aínda que outros autores a neguen. Ademais, afirmou que o termo *preembrión* se inventou para designa-lo embrión durante os seus primeiros 14 días de vida. Todo organismo multicelular de reprodución sexual comeza o seu ciclo vital cunha célula (cigoto ou embrión monocelular). O embrión inicia un proceso de conformación (desenvolvemento) e diferenciación sen que haxa un cambio cualitativo que indique unha etapa prehumana. Anterior ó embrión só están os gametos, non ten cabida o preembrión. A condición humana está determinada pola súa pertenza á especie: o termo preembrión é, segundo a relatora, unha entelequia.

Hai que ter en conta, sen embargo, que incluso cando se admitiu a experimentación con embrións humanos, como é o caso da Recomendación 1046 do Consello de Europa, recoñeceuse que *a vida humana empeza no momento da concepción*. Os científicos que non aceptan este criterio afirman que se trata dun proceso, pero non son capaces de sinalar en qué momento do proceso adquire o individuo a condición de humano. A este respecto só cabe unha alternativa: esa vida é humana desde a concepción, que é o inicio do proceso.

Nos distintos países faise un tratamento diverso por parte das leis, e da xurisprudencia, en relación co recoñecemento da personalidade xurí-

dica do concibido non nacido. En Europa uns textos legislativos protexen o feto mentres outros autorizan a súa destrución. O mesmo ocorre coa xurisprudencia. Neste punto, Dolores Vila Coro criticou os tribunais que nalgunha sentenza, e aplicando o estándar do *wrongful life* nun sentido oposto para o que se instituíu, definiron o estándar calidade de vida en prexuízo do concibido non nacido en lugar de facelo ó seu favor; e así, *como non puidera vivir nas mellores condicións de vida posibles debe morrer*.

Deste xeito, e en opinión desta relatora, considerouse que a calidade de vida é un ben máis digno de protección cá vida. A quen non vai gozar dunha suposta boa vida, pódese dar morte. Criticou os tribunais españois por lle recoñeceren unha indemnización a unha nai que non tivo a oportunidade de destruí-la vida do seu fillo, que padecía síndrome de Down, porque o médico non a advertiu a tempo da doenza, polo que non puido abortar. O estándar *wrongful life* expresa a calidade de vida inadecuada ou inxusta á que se somete o feto pola conducta impropia de alguén: médico, persoal sanitario ou incluso a propia nai por levar un réxime de vida lesivo para a criatura (drogadicción, alcoholismo, etc.).

As leis 35/88 e 42/88 actualmente vixentes permiten que impunemente se destrúan ou utilicen para experimentar os embrións humanos e os fetos nados vivos que non sexan viables. Pero hai que ter en conta que se a viabilidade e a calidade de vida son estimables como valor é por seren debedoras da propia vida. O que se estima é que o individuo estea vivo, que se manteña na existencia. Implica contradicción destruí-la vida porque o individuo non é viable, que é o mesmo ca dicir *destruímo-la súa vida porque cremos que non vivirá no futuro*.

A calidade de vida xúlgase desde o suposto de que as súas condicións non van ser todo o boas que sería desexable; elimínanse porque non se axustan ós estándares previstos. Deste xeito, ábrese tamén a porta á eutanasia e ó homicidio de todo o que non acade os estándares establecidos. Isto equivale, levado ás súas últimas consecuencias, a que os habitantes dos países subdesenvolvidos que padecen fame, miseria e enfermidades sexan exterminados, co pretexto de que as súas condicións de vida van estar por debaixo dos estándares desexables.

Se ben é certo que existen distintas percepcións da moral, iso non significa que haxa moitas morais. En tódalas culturas castigouse roubar, mentir e matar. O que ocorre é que os pobos atravesan, tamén, o mesmo cás persoas, épocas de crise que chegan a situacións patolóxicas. Pero a infracción dunha lei moral non nega a súa existencia, non supón que a norma non estea vixente, só indica que se incumpriu: infrinxiuse, pero non se derogou. A norma segue vixente aínda que nun momento dado haxa quen non a perciba. Son dous conceptos distintos: infracción e derogación. A derogación denota que xa deixou de estar en vigor.

Unha corrente de opinión, estendida en ambientes bioéticos, propugna unha nova orde moral: unha bioética utilitarista cuns principios mínimos, decididos por consenso. O que ocorre é que a apelación ó consenso é válida para decisións políticas pero non para as normas morais, aínda que sexa un recurso acreditado pola democracia, non é válido neste caso. Por esta vía preténdese impoñer-la decisión duns cantos á maioría, pois, só os *expertos* determinarán as normas e terán os resortes necesarios para move-la opinión dos cidadáns. As normas morais non as deciden os homes: non se inventan, descóbrense, como se descubren as leis da natureza que rexen o resto do universo. A norma moral brota da propia natureza humana esixida polo propio dinamismo da vida das persoas. A súa finalidade é sentarlles unha orde ás inclinacións e tendencias naturais do individuo en harmonía co desenvolvemento das potencialidades.

A bioética de mínimos que se pretende instaurar independentemente do seu carácter puramente positivista descualifícase a si mesma porque non protexe a vida humana como *prius* antropolóxico. Os seus corifeos apelan ó especial respecto que merece a vida humana e por outra parte propoñen o maior quebranto que pode existir que é a destrución e a morte.

A esta ética acóllense os que pretenden a destrución dos embrións conxelados para os chamados, eufemisticamente, *fins terapéuticos*, cando o que se pretende realmente é investigar sobre eles. Pero non por iso merece o nome de terapéutica.

Para concluír, a relatora manifestoulles ós asistentes que se non se sacraliza o humano como algo que é digno de excepcional respecto e reverencia, non poderemos escandalizarnos de que se subxugue, tiranice e oprima os nosos semellantes. Se non se respecta o valor da vida humana, sen límites arbitrarios que cuestionen a súa condición movidos por intereses inícuos, carecemos do máis vergonzoso utilitarismo, sen que esteamos a falar realmente de discusión ética. Segundo Vila Coro, resulta paradoxal que mentres se indemniza as vítimas de actividades euxeñéticas e experimentacións ignominiosas, sucedidas baixo réximes totalitarios, se propicien fondos estatais para continuar con semellantes prácticas.

O primeiro relatorio da tarde correu a cargo de Alfonso Villagómez Cebrián, letrado do Tribunal Constitucional e maxistrado, baixo o título *O novo Prometeo: a lei e a xurisprudencia na era da enxeñería xenética*. As noticias sobre os descubrimentos realizados en torno ó xenoma humano xeraron expectativas inmensas para a mellora da saúde e viñeron deparándonos cambios de grande impacto social, moral e xurídico.

Xenoma e dereito son conceptos necesariamente unidos, xa que o ordenamento xurídico debe cumprir-la súa función de control e organiza-

ción social. En xeral, hoxe en día, as aplicacións biomédicas das novas tecnoloxías non poden formula-lo problema de seren ilícitas, senón, máis ben, de cales son os límites á súa licitude. Ante elas, o dereito débatesse entre unha actitude non intervencionista e unha postura controladora, que emerxe cando a preocupación social así o aconsella.

O descubrimento de que o ácido desoxirribonucleico (ADN) é o material xenético, trouxo como consecuencia cambios profundos na comprensión do mundo biolóxico e, naturalmente, do xurídico. O desenvolvemento de técnicas que fan posible e práctica a súa manipulación en tubos de ensaio e en organismos vivos, deunos un tremendo poder para entendela e manipulala. Estes cambios están ocorrendo ó mesmo tempo que unha revolución igualmente significativa nos sistemas de comunicación e información producida pola estendida utilización da tecnoloxía do ordenador.

Ovidio, na súa obra *A metamorfose*, describe a creación do home por Prometeo a partir do lodo, como Aristóteles cría que as criaturas vivas podían xurdir espontaneamente do lodo. Esta percepción do mundo natural coma un sistema único, intercambiable, no que son posibles transformacións reversibles entre os seres vivos e os inanimados, foi a base do mundo antigo e estendeuse ata o renacemento.

As teorías da evolución e a xenética influíron na lexislación, dictando costumes sociais e, a través delas, conformando en gran medida a estrutura da nosa sociedade. Agora ben, é asombroso que a maior parte deste impacto tivo lugar bastante antes de que se entendera a auténtica base e a natureza do principio hereditario. O descubrimento de que o ADN é o material xenético e a orixe da vida, ocorreu na metade do século que acabamos de clausurar, a maioría diso durante os últimos 20 anos. Os efectos destes descubrimentos no tecido social son recentes e a penas están empezando a sentirse. Estes descubrimentos transformaron o noso papel na manipulación do material básico da vida, de espectadores a participantes activos. Por iso, as súas consecuencias serán tremendas e duradeiras.

Na actualidade existe abundante lexislación sobre enxeñería xenética e, precisamente o noso país foi dos primeiros en regula-lo seu uso dentro dunha actitude favorable ó avance tecnolóxico que naqueles intres era símbolo de aperturismo, pero que agora xa parece obsoleta. As normas existentes forman un abano que comprende desde as de carácter administrativo, ata as civís e penais. Todas elas insertas no marco do respecto ós dereitos fundamentais proclamados na nosa Constitución e ás leis que os desenvolven, nun contexto internacional que busca a harmonización normativa.

A lexislación española en materia de enxeñería xenética ten dúas normas de cabeceira: a Lei 35/1988, do 22 de novembro, sobre técnicas de

reproducción asistida, e a Lei 42/1988, do 28 de decembro, de doazón e utilización de embrións e fetos humanos ou das súas células, tecidos ou órganos. A regulación legal complétase con algunhas disposicións do Código penal de 1995.

O modelo que debuxan estas dúas leis de 1988 baséase na complementariedade de ámbalas dúas normas, asumindo cada unha delas un ámbito material de aplicación diferente aínda que relacionado. Así, a Lei sobre técnicas de reprodución asistida regula a aplicación destas técnicas, tanto no que respecta ós casos nos que son utilizables, ás prácticas permitidas, ás consecuencias xurídicas delas e á conducta dos facultativos e centros nos que se realizan estas prácticas. Ademais, nesta lei atopamos establecido o Estatuto xurídico dos embrións humanos no estadio de desenvolvemento no que se poden ver afectados por estas prácticas de reprodución, é dicir, regula o estatuto xurídico do que se denomina *preembrión* (tamén chamado *embrión preimplantatorio*) e que lles correspondería ás dúas primeiras semanas de desenvolvemento embrionario desde a fecundación, período durante o cal estes embrións, se son fecundados *in vitro*, poden permanecer sen lle seren transferidos a unha muller para a súa xestación.

Se España estaba atrasada a finais da década dos setenta en canto á introducción da reprodución asistida, durante a década dos oitenta recuperou rapidamente terreo. O primeiro nacemento trala fecundación *in vitro* en España tivo lugar no ano 1984. Pero no plano lexislativo todo foi aínda máis rápido: En 1988 España convertíase nun dos primeiros países do mundo en dispoñer dunha lexislación que ordenara xuridicamente a reprodución asistida. Algúns países contaban con disposicións penais, civís ou administrativas dispersas relativas a cuestións puntuais, coma por exemplo o Reino Unido, que non contou cunha lei semellante á española, en canto alcance, ata 1990.

O segundo relatorio da tarde tratou o tema da *identificación mediante o ADN no proceso penal* e foi exposto por Tomás López-Fragoso Álvarez, catedrático de dereito procesual da Universidade da Laguna; quen afirmou que a norma xurídica penal é o exemplo máis claro da estrutura dunha norma xurídica. Para aplica-la consecuencia xurídica o dereito penal necesita do proceso. Facer da previsión abstracta e xeral un mandato particular esixe proba-los feitos dos que depende a consecuencia xurídica. A xustiza penal dos países do noso contorno atopa agora un medio de identificación e de proba, en principio máis fiable: a identificación polo ADN.

Segundo o relator esta nova técnica pericial posúe aspectos positivos (beneficio da colectividade, e así tamén dos imputados e das vítimas dos delitos, ó lograr un descubrimento da verdade material dos feitos), e tamén aspectos negativos (perigo de lle trasplantar ó ámbito forense

técnicas científicas sen posuír un mínimo coñecemento dos seus aspectos básicos e dos problemas que tal transplante a un medio que non é o propio da ciencia lle xera).

A análise do ADN no proceso penal supón unha técnica pericial científica que ten por finalidade obter un indicio para identificar unha determinada persoa como autora dun delicto e convence-lo xuíz de tal autoría e que restrinxen, normalmente, importantes dereitos fundamentais como son o dereito á integridade física e o dereito á intimidade persoal.

Desde unha perspectiva xurídica destacan dous feitos:

1. A análise do ADN pode necesitar obter unha mostra biolóxica do corpo do imputado (mostra indubidable) e, con iso, unha restricción do dereito á integridade física ex. artigo 15 CE.

2. A análise do ADN baséase na información xenética que se obtén das mostras biolóxicas e, así, afecta o dereito á intimidade persoal ex. artigo 18 CE.

En opinión de determinados científicos forenses e tamén dalgúns xuristas, coa análise do ADN nin se afecta a integridade física nin a intimidade persoal. Esta opinión baséase en dúas circunstancias: a primeira delas é que o ADN necesario para a identificación criminal pode obterse sen ser necesario nin tan sequera unha análise de sangue, é suficiente con analizar pelos ou saliva, polo tanto, non se afecta a integridade física. En segundo lugar, a información xenética obtense do ADN non codificador, o cal non ofrece información ningunha sobre as características físicas das persoas; en consecuencia, non afecta a intimidade persoal.

Sen embargo, esta opinión científica non se pode compartir sen máis, xa que a intervención corporal non debe ser grave para lle restrinxi-lo dereito fundamental á integridade física. Ademais, a información tampouco debe ser íntima no sentido de que se refira a información especialmente sensible. A intimidade persoal abrangue tanto o ámbito do íntimo, coma do segredo ou do confidencial (ex: segredo das comunicacións; ficheiros automatizados de datos de carácter persoal). Existen datos íntimos formalmente, aínda que non o sexan materialmente. A autodeterminación informativa posúe un sentido positivo de intimidade: o suxeito debe poder decidir qué datos e a quen fai partícipe do seu coñecemento.

Coma calquera medida procesual restrictiva de dereitos fundamentais esixe a concorrencia de determinadas condicións necesarias para a validez da medida restrictiva. Estas condicións englobanse no principio de proporcionalidade, o cal esixe realizar unha ponderación dos intereses en conflito: interese público en perseguir eficazmente as infraccións criminais – interese do afectado en non sufrir inxerencias nos seus dereitos fundamentais.

Presupostos constitucionais para a restricción dos dereitos fundamentais:

1. Previsión lexislativa: a medida debe estar regulada por unha lei.
2. Xurisdiccional: a medida debe adoptala un xuíz mediante unha resolución motivada.
3. Xuízo de idoneidade, necesidade e proporcionalidade en sentido estricto: a medida debe ser congruente co fin perseguido; non debe ser posible acadalo mesmo fin cunha medida menos gravosa para o afectado; o xuíz debe realizar unha ponderación da idoneidade e necesidade da medida en cada caso concreto.

Na actualidade non existe en todo o ordenamento xurídico español ningunha previsión normativa expresa sobre as probas xenéticas co fin de identificación no proceso penal. Só se regulan as análises de sangue como método de contraste dun resultado positivo dun test alcoholímetro e as probas biolóxicas de determinación da paternidade ou maternidade en procesos civís de filiación. Sen embargo, foi considerado polo TC e polo TS que determinadas intervencións corporais están previstas pola Lei de axuizamento criminal (art. 477 e 399). Pero nestas normas non se prevén as ditas medidas restrictivas, senón simples pericias decimonónicas sobre as mostras obtidas do *locus delicti*. A Lei de axuizamento criminal de 1882 pensa nun recoñecemento pericial que se realiza na propia audiencia, ante o xuíz e o secretario xudicial e con presenza do imputado. Realizado o recoñecemento pericial, os peritos informarán o xuíz sobre as conclusións ás que chegaron.

No ordenamento procesual penal español non existe ningunha previsión normativa sobre a análise do ADN. Na práctica prodúcense tanto intervencións corporais coma probas de identificación polo ADN, pero respecto da obtención da mostra biolóxica indubidable do corpo do imputado non se admite pola xurisprudencia o uso da forza. Trátase, sen embargo, dunha obriga procesual para o cumprimento da cal se admite a coerción xurídica (non a física), isto é, a negativa inxustificada a permiti-la obtención da mostra biolóxica do propio corpo pode dar lugar a un delicto de desobediencia e pode ser valorada polo tribunal como un indicio de culpabilidade.

De cara á unha futura regulación da análise do ADN no proceso penal cómpre sinalar:

1. A finalidade da intervención corporal radica en adquirir unha mostra xenética.
2. A análise do ADN debe limitarse ó ADN non codificador (aquele que non expresa características físicas da persoa).
3. O fin da análise xenética debe ser unicamente identificador.
4. O uso da forza para facer cumpri-la resolución xudicial que obriga

o imputado a permitir obter do seu corpo unha mostra indubidable de ADN depende da política lexislativa, a cal conta con diversas opcións:

- Obriga procesual: vis física ou coerción xurídica (delicto de desobediencia).
- Carga procesual: imperativo do interese propio: evitación dun prexuízo (negativa inxustificada do imputado dá lugar a un indicio de culpabilidade).

5. A información xenética poderán adquirirse, sen necesidade de intervención corporal, cando esta xa se adquirira con outros fins distintos da identificación criminal. Adquisición de información xenética confidencial: historia médica sen consentimento do afectado.

A fonte de proba lícita deberá introducirse no proceso mediante un medio de proba pericial. O medio de proba debe practicarse segundo os principios constitucionais e procesuais. Se na súa práctica se produce indefensión, a proba será nula ex. artigo 238 Lei orgánica do Poder Xudicial.

Para o Tribunal Supremo a análise do ADN é un tipo máis de proba pericial. Ademais, os informes periciais emitidos polos organismos oficiais constitúen probas preconstituídas –practicadas na instrucción– sobre a que o xuíz sentenciador poderán basea-la condena sen necesidade de practicar proba no xuízo oral. O dereito de defensa do acusado gárantese en canto este lle pode solicita-la convocatoria ó plenario do xuízo oral dos peritos para a ratificación do seu informe ou pode propoñer peritos propios.

Tal doutrina do TS non pode admitirse sen máis. A proba xenética posúe determinadas especialidades, xa que, en realidade, trátase dunha actividade procesual que pode discorrer por tódalas fases dun proceso penal, e que debe rexerse polos seguintes principios:

1. É inspección ocular: a recollida de mostras biolóxicas do *locus delicti* debe garanti-lo dereito de defensa do imputado. Este poderán participar na inspección ocular, aínda que por razóns de urxencia poderán dar lugar a unha proba preconstituída sobre a existencia e obtención das mostras.

2. É acto de investigación instructor: serve para prepara-la acusación e a defensa.

3. É proba anticipada, máis ca preconstituída, en canto á análise do ADN case sempre será irrepetible no xuízo oral, aínda que por razóns de oportunidade e pola necesidade de mante-la concentración das sesións do plenario, evitando a súa suspensión, aconséllase que o recoñecemento pericial se practique como proba anticipada na instrucción.

4. Diferencia entre recoñecemento e informe pericial. A proba anticipada refírese ó recoñecemento non ó informe pericial.

5. En España, en relación co recoñecemento pericial, o imputado pode participar cos seus peritos ou pedir novos recoñecementos peri-

ciais. Respecto do informe pericial presentado na instrucción, trátase dun documento para os seus propios fins (identifica-lo imputado e prepara-la acusación e a defensa). No xuízo oral o informe pericial haberá de practicarse coma unha proba persoal mediante a declaración dos peritos, segundo os principios de inmediación, oralidade, contradicción e publicidade.

6. A valoración e a interpretación da proba xenética polo tribunal esixe a presenza dos peritos no plenario do xuízo oral. A proba xenética supón un indicio e nunca unha proba directa.

Na actualidade, o Ministerio de Xustiza presentou un borrador de anteproxecto de lei sobre a análise do ADN no proceso penal⁸. O borrador ten por obxecto a regulación da obtención de mostras biolóxicas para a súa análise de ADN; e a creación de ficheiros de datos de ADN e o tratamento de tales datos.

A lei limitarase á análise do ADN (e á creación e ó tratamento das bases de datos) no proceso penal co único fin da identificación criminal (e restos cadavéricos), segundo os seguintes principios:

1. A análise limítase ó ADN non codificador (non expresivo de características físicas).

2. Os datos obtidos só poden utilizarse para a identificación criminal, pero poderán utilizarse datos ou mostras biolóxicas obtidas para outros fins para a identificación criminal.

3. A obtención de mostras indubidables (do corpo do sospeitoso) esixe autorización xudicial.

4. Só se modifica a Lecrim. en dous aspectos concretos:

|| Engádelle un parágrafo ó artigo 326: medidas de seguridade para a obtención de mostras, a súa custodia e análise.

|| Novo parágrafo do artigo 363: o xuíz de instrucción –mediante resolución motivada e por razóns de necesidade– poderá ordena-la obtención de mostras biolóxicas do corpo do sospeitoso, con garantía dos principios de proporcionalidade e razoabilidade.

5. Bases de datos:

a) Almacenaranse en bases de datos de ADN os datos dos condenados por delitos dolosos (con autorización xudicial).

b) Os datos poderán ser cedidos a tribunais, ministerio fiscal e corpos de seguridade.

c) Os datos serán cancelados cando se cancelen os antecedentes penais.

d) Créase a Axencia Nacional de Perfís de ADN: organismo autónomo dependente do Ministerio de Xustiza.

⁸ A segunda versión é de abril de 2000; e a primeira de outubro do 1999.

e) Regúlanse os criterios de acreditación dos laboratorios e a estandarización de técnicas e marcadores de ADN.

En conclusión, podemos afirmar que o proceso penal español non pode renunciar a unha adecuada práctica de probas periciais de identificación polo ADN, en canto permiten acadar unha verdade material en beneficio da colectividade, da vítima e do acusado.

Esta proba pericial pon de manifesto o fenómeno que o dereito norteamericano describe coa frase: *condenados pola xustiza, absoltos pola ciencia*, coa que se quere expresa-los resultados de estudos que amosan os erros xudiciais cometidos en condenas baseadas unicamente nas declaracións da vítima, gracias á súa revisión ó utiliza-la análise do ADN. Realidade á que non é allea España. O Tribunal Supremo xa coñece casos nos que, mediante un recurso de revisión, foi rescindida unha anterior sentenza condenatoria por demostra-lo erro xudicial mediante unha análise do ADN (que ó mesmo tempo serviu para condena-lo culpable).

Mentres que na maioría dos países do noso contorno a atención se dirixe agora a un problema distinto e máis específico, como é o da creación e utilización de bases de datos xenéticas, nós permanecemos ancorados nunhas pericias pensadas para case dous séculos antes. Cómpre regularmos mediante unha lei expresa as análises do ADN no noso proceso penal español.

No proceso civil a análise do ADN aplícase nos procesos de filiación para a determinación da paternidade ou da maternidade. A Lei de axuízamento civil 1/2000 admite, no seu artigo 767, as probas biolóxicas. A negativa inxustificada a someterse á proba do ADN permítelle ó xuíz declara-la filiación se concorren outros indicios de paternidade ou de maternidade (o proceso de filiación esixe un principio de proba como requisito de admisión). En definitiva, a nova LEC fai súa a actual xurisprudencia da Sala 1ª do Tribunal Supremo.

O derradeiro relatorio desta xornada correu a cargo de José Javier Hualde Sánchez, catedrático de dereito civil da Universidade do País Vasco. O seu relatorio referiuse ó *Convenio de dereitos humanos e biomedicina do Consello de Europa*. Hualde destacou que se trata dun convenio asinado por países que pertencen á Unión Europea e por outros que non pertencen a ela. É un convenio que ten vocación de estar aberto a tódolos países sen quedar restrinxido a unha rexión xeográfica ou a unha organización política concreta.

Este convenio comezou a xestarse en 1990, cando se produciu unha resolución sobre bioética que adoptaron os ministros europeos de xustiza na súa décimo sétima conferencia ordinaria, que tivo lugar en Istanbul. Nela recomendóuselle ó Comité de Ministros que lle solicitase ó Comité Director para a Bioética o exame da posibilidade de preparar

un convenio marco que sentase as normas no ámbito de desenvolvemento das ciencias biomédicas.

A partir desa data, para a resolución do convenio, foron importantes unha serie de actos impulsores, o primeiro dos cales foi a Recomendación 1160 da Asemblea Parlamentaria, que se tomou a partir dun informe do doutor Marcelo Palacios en nome do Comité de Ciencia e Tecnoloxía. Nesa resolución da Asemblea Parlamentaria, pedíasele ó Comité de Ministros que avanzase cara á consecución dun convenio e o outro feito importante foi a decisión dese comité de lle ordenar a un comité *ad hoc* de expertos en bioética que preparara xa un convenio marco aberto ós estados non membros do Consello de Europa e un convenio que establecera as normas xerais comúns para a protección da persoa humana no ámbito das ciencias biomédicas.

Deste convenio soamente Alemaña e Bélxica se abstiveron por distintas razóns e tamén Polonia por razóns relixiosas. O convenio abriuse á firma o 4 de abril de 1997.

Atopámonos ante un convenio marco que nace do Consello de Europa, aberto non só ós países membros do Consello de Europa senón cunha vocación de xeneralidade, aberto á firma de diversos países.

A importancia deste convenio radica en que é o primeiro texto internacional con carácter xurídico vinculante para os países que o subscriben. Isto diferénciao esencialmente doutros textos internacionais que incluso se citan no seu preámbulo e que non son vinculantes.

Este carácter de convenio marco con eficacia xurídica vinculante para os países que o subscriben, circunscríbese a establecer un marco común de mínimos e así, en primeiro lugar, moitos dos principios e dereitos que nel se recoñecen xa estaban mencionados noutros textos internacionais e, en segundo lugar, posto que vai ter un carácter xurídico vinculante para os que o subscriben, a negociación fai que ese marco común sexa un marco común de mínimos.

Esta eficacia vinculante circunscríbese ó establecemento dese marco común para a protección dos dereitos humanos e da dignidade humana en aplicación da bioloxía e da medicina, sobre a base de que os avances científicos deben articularse conxugando e respectando estes principios:

O primeiro deles é o interese do ser humano en canto individuo. É dicir, tódolos avances científicos deben respectar este principio, por iso todo individuo ha ser protexido fronte ó uso inadecuado dos avances científicos. Por iso establécese unha taboa de dereitos de carácter individual, para todos e cada un dos cidadáns e, en segundo lugar, esíxese que en todos e cada un dos países onde se subscriba o convenio exista, para eses dereitos que se recoñecen, unha protección xurisdiccional axeitada⁹.

⁹ Artigo 23 do Convenio de Oviedo.

Ademais, o artigo 25 do convenio establece que as partes deberán prever sancións para a infracción por parte das lexislacións dos estados membros deses principios ou dereitos e tamén por iso se establece que debe haber unhas reparacións axeitadas para os danos que sufra o individuo (art. 24), ou sexa, primacía do interese do ser humano ante os avances da medicina, por iso hai un recoñecemento dunha táboa de dereitos; establecemento dun marco que permita o exercicio deses dereitos, sancións para as infraccións e recoñecemento do dereito a unha reparación axeitada cando o individuo sexa lesionado neses dereitos. Este é o primeiro punto sobre o que xira a regulación.

O segundo punto é ter en conta o interese social ou colectivo nos avances científicos porque, evidentemente, tamén existe. Por iso é polo que o convenio establece como regra xeral a libre investigación científica no ámbito da bioloxía e da medicina. Así se recoñece expresamente no artigo 15 do convenio. Non obstante, enténdese que debe existir un debate público sobre as cuestións fundamentais formuladas polos avances da bioloxía e da medicina¹⁰. Liberdade de investigación pero, ollo, con debate público, con coñecemento pola sociedade.

Nembargantes, o interese e o benestar do ser humano sempre deben prevalecer sobre o interese da sociedade ou interese colectivo e, tamén, sobre o interese da ciencia¹¹. Por iso, as restriccións ó exercicio dos dereitos dos individuos e as disposicións de protección do convenio, só poden ceder excepcionalmente ante o interese xeral. E, aínda así, teñen que ser casos moi especificados, moi detallados e, ademais, hai certos dereitos e certos principios ós que nunca se lles poderán impoñer restriccións¹².

O terceiro principio sobre o que xira todo o convenio é o principio do interese da especie humana. Por iso establécense garantías fronte ó avance no coñecemento do xenoma humano, que son unhas garantías necesarias para protexe-la identidade do ser humano.

Estes son os tres principios nos que se asenta o convenio. O convenio establece un marco común e por iso non está pechado e prevese que á parte deste convenio existan protocolos (art. 31) co fin de desenvolver, en ámbitos específicos, os principios contidos no convenio. De feito, xa se pode facer referencia ó Protocolo sobre clonación ratificado por España no que se prohíbe calquera intervención que teña por obxecto crear un ser humano xeneticamente igual a outro, xa sexa vivo ou morto.

¹⁰ Artigo 28 do Convenio de Oviedo.

¹¹ Artigo 2 do Convenio de Oviedo.

¹² Artigo 26.2 do Convenio de Oviedo.

Tamén se establece no propio convenio que se revisará ós cinco anos da súa vixencia para ver, tendo en conta os avances científicos, se hai que readapta-las súas disposicións.

A teor do artigo 27 do convenio, queda claro que ningunha das disposicións deste deberá interpretarse no sentido de que limite ou atente contra a facultade de cada un dos países de conceder unha protección máis ampla cá prevista no propio convenio, con respecto ás aplicacións da bioloxía e da medicina.

O risco que se corre é que cando se chega ó mínimo común, ese mínimo común sexa un mínimo común de mínimos, e este mínimo común de mínimos, en moitos casos, para moitos países sexan excesivamente mínimos. Iso sucede no noso ordenamento xurídico porque o convenio no ámbito internacional establece unha serie de principios, un marco xurídico obrigatorio para tódolos países que o asinan e uns principios mínimos, pero para o noso dereito interno eses principios xa estaban recoñecidos na nosa lexislación; polo tanto a nós non nos supón un plus.

O único risco para o noso ordenamento do convenio é precisamente que se intente, non porque o convenio o esixa, facelo servir de coartada para restrinxir certos dereitos que xa estaban recoñecidos na nosa lexislación. Por iso, na interpretación do convenio é tan importante o artigo 27.

Se examinámo-lo catálogo de principios e dereitos que establece o convenio imos fixarnos nalgúns deles para relativiza-la importancia do convenio. Así, en primeiro lugar, no convenio establécese a garantía de toda persoa sen discriminación ningunha ó respecto á súa integridade e demais dereitos e liberdades fundamentais con respecto ás aplicacións da bioloxía e da medicina. Co noso texto constitucional na man non temos porque ter permanentemente un recordatorio disto.

En segundo lugar, imos pasar ó catálogo de dereitos. O primeiro é un que é básico e é o dereito a que non haxa ningunha intervención no ámbito da sanidade sen libre consentimento informado sobre a natureza, finalidade, riscos e consecuencias e correlativo a ese consentimento informado está o dereito a revoga-lo consentimento. Cando o convenio fala de *intervención no ámbito da sanidade*, non se refire só ás operacións cirúrxicas. Intervención é todo: intervencións cirúrxicas, tratamentos, etc. Polo tanto, o dereito a que antes de que haxa calquera intervención médica sobre calquera persoa, que esa persoa estea plenamente informada. Este é un dereito recoñecido no convenio pero ese dereito xa estaba recollido no noso ordenamento desde a Lei xeral de sanidade e, ademais, cunha amplitude e cunha precisión que supera a previsión do convenio. E non só aí senón en todos e cada un dos textos que temos no noso ordenamento xurídico, por exemplo, os textos que regulan a ex-

tracción e transplante de órganos, os que regulan a doazón de sangue, en todos eles reitérase ese dereito a que o doente estea plenamente informado.

Se fora certo que houbese que reforma-la regulación do consentimento informado no ordenamento xurídico español, o que non debemos admitir que se diga é que o esixe o convenio. O convenio non o esixe porque é un convenio de mínimos e no seu artigo 27 di que o convenio nunca se podería interpretar para restrinxi-los dereitos que xa reñocera a súa lexislación nacional. Se se quere reformar que se reforme pero non poñendo o convenio como escusa.

Ese dereito ó libre consentimento ten excepcións como as situacións de urxencia e que exista antes da intervención un previo consentimento. Este consentimento previo non estaba regulado detidamente no noso ordenamento xurídico pero ata hai pouco, posto que acaba de saír unha lei catalana neste sentido¹³.

Agora que descifrámo-lo xenoma humano, xa é hora de que nos poñamos a descifra-lo xenoma dos dereitos fundamentais.

Ese consentimento informado está plenamente presente en tódolos nosos textos. Ademais, regúlanse tamén as especificidades do consentimento dos menores e incapaces (artigo 6 da Lei 35/1998 sobre técnicas de reprodución humana asistida) e no noso dereito está mellor regulado ca no convenio que é un convenio de mínimos. O noso dereito interno ten máis garantías para o consentimento informado dos menores có que esixe o convenio.

No convenio recoñécese o dereito a non ser discriminada unha persoa por causa do seu patrimonio xenético. E non fai falta dicir que nós isto témolo plenamente garantido.

Recoñécese no convenio o dereito á intimidade no ámbito da saúde e o dereito a coñece-la información recollida sobre a propia saúde. O dereito á intimidade é un dereito fundamental recoñecido na Constitución e desenvolvido nas súas distintas vertentes, incluso na nova Lei de protección de datos de 1999 na que se protexen os datos concernentes á saúde. O dereito á confidencialidade dos datos está recoñecido posto que incluso se sanciona ó profesional que revele eses datos.

Tamén debemos citar aquí o dereito a obter toda a información por parte do doente e no propio convenio recóllese unha excepción no seu artigo 10.3º. No noso dereito interno non hai, na actualidade, ningunha excepción, é dicir, non hai posibilidade de que un médico considere que non debe revelar uns determinados datos que son do doente.

En conclusión, pódese afirmar que non necesariamente nos temos que adaptar ó convenio porque é un convenio de mínimos (artigo 27).

¹³ Lei 21/200 catalana, do 29 de decembro de 2000.

O convenio non esixe que restrinxámo-los dereitos que xa están recoñecidos polo noso ordenamento xurídico.

O xoves, 8 de febreiro de 2001, comeza co relatorio de Antonio García Paredes, titulado: *O home microscópico (a nova humanidade ante o dereito). Estatuto ético e xurídico do embrión preimplantado*. García Paredes é presidente da Audiencia Provincial de Madrid, e fixo referencia a que se antes só viámo-lo ser humano a través do nacemento, hoxe en día conseguimos velo incluso antes da concepción e do embarazo. Así, pasamos do home de tamaño natural ó *home microscópico*.

Na liña de defensa do ser humano descendemos da preocupación polo *nasciturus* á preocupación pola protección do embrión. O dereito vaise enfrontando ós novos retos da bioloxía e da biomedicina segundo van aparecendo, nunha especie de movemento de reacción e contrarreacción. Os gametos en situación extracorpórea, os embrións conxelados, a clonación, a terapia xénica, etc. son fenómenos que colleron o dereito un pouco desprevido e sen os conceptos e criterios suficientes e necesarios para manter eses avances científicos e tecnolóxicos dentro do respecto á dignidade do ser humano.

A Lei de técnicas de reprodución humana asistida (Lei 35/1988) é, polo de agora, o pronunciamento específico e autorizado que España fixo sobre as novas formas de reprodución humana e así é citada no ámbito do dereito comparado. Esta lei é en si mesma unha desas realidades legais nas que se conxugan a realidade biolóxica e a linguaxe científica coa realidade xurídica e a linguaxe xurídica. A citada lei chegou con posterioridade a lle ofrecer á sociedade unha reflexión comunitaria e unha decisión pública sobre os problemas que esta formulaba. Se a Lei 35/1988 lle responde á Recomendación 1046 (1986) do Consello de Europa, podemos ver que xa no contexto europeo daquela época se recollían publicamente, por un lado, a satisfacción polo *progreso das ciencias biomédicas* e, por outro, os rumores que circulaban nos medios de comunicación relativos ó *comercio de embrións e fetos mortos* e España non podía permanecer insensible nin allea a esa realidade bifronte: o progreso da ciencia e da técnica xunto á utilización desviada e abusiva dos avances desa mesma ciencia.

En 1984, cadrando co primeiro nacemento mediante técnicas de *fecundación in vitro*, creouse unha comisión de expertos para asesora-lo Parlamento español sobre estes temas. Os seus traballos deron lugar a que en novembro de 1988 se promulgara a Lei 35/1988. Así mesmo, a principios de 1999, a Comisión Nacional de Reprodución Humana Asistida (constituída a finais de 1997) emitiu o seu primeiro Informe anual no que, entre outros temas, trataba a situación que na actualidade ofrece a aplicación da dita lei e a realidade inherente a esta.

Do desfasamento temporal entre a aprobación da Lei 35/88 e a súa

confirmación definitiva polo Tribunal Constitucional faise eco o primeiro Informe anual da Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Neste informe sinalase, por exemplo, que en España existen 114 centros sanitarios relacionados coas técnicas de reprodución humana asistida, dos que só 15 son públicos. A comisión recoñece que aínda é incompleto o control sobre os centros en que se practica a inseminación artificial. Como tamén é incompleto o rexistro de indicadores de actividade e o rexistro de doadores.

O problema máis grave detectado pola comisión é o da existencia en España de máis de 25.000 embrións conxelados, como consecuencia da conxelación de óvulos para a súa posterior implantación e que resultaron *sobrantes* por producirse o embarazo coa implantación dos primeiros. Dos cales o 15% (uns 3.750 embrións) superaron xa o prazo máximo de 5 anos de crioconservación previsto pola lei.

Xunto co propósito de axudar a remedia-la esterilidade humana, apúntase xa o horizonte de posibilidades que lle abre ó investigador o feito de ter á súa disposición *óvulos humanos desde o momento de ser fecundados in vitro*. O que lle permite a súa manipulación con fins diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica ou experimental, ou de enxeñería xenética.

No apartado segundo da exposición de motivos da lei faise unha longa explicación do que poderíamos denominar *estatuto biolóxico do embrión*. Hoxe criticase por algúns o uso do termo *pre-embrión* que tan profusamente se emprega nesta lei. Pero, xustamente aquí, dáse a explicación de por qué se adopta ese concepto de *preembrión* ou *embrión preimplantatorio* e incluso se define como *o grupo de células resultantes da división progresiva do óvulo desde que é fecundado ata aproximadamente catorce días máis tarde*. Sobre este concepto vai descansar toda a engrenaxe de relacións, dereitos e deberes, que con respecto á reprodución humana asistida e ós seus fins accesorios, van establecerse.

Noutra parte da exposición de motivos éntrese no terreo, non menos delicado, da nova conceptualización da maternidade, da paternidade e da filiación, facendo unha proposta tan concreta como a seguinte: *os códigos deben actualizarse sobre cuestións determinadas que non prevén*.

A verdade é que cando un se asoma ás posibilidades que a ciencia e a medicina ofrecen, explícase ese interese de aproveita-lo embrión que se ten entre as mans para chegar a un mellor coñecemento do home e, desde aí, a unha mellor protección da súa saúde e da súa calidade de vida.

Por exemplo, da investigación e experimentación con gametos e embrións, pódese chegar a mellora-los tratamentos de esterilidade e técnicas de reprodución asistida; incrementa-los coñecementos das enfermidades conxénitas; incrementa-los coñecementos sobre as causas de aborto espontáneo; desenvolver técnicas de contracepción efectivas; desenvolver

novos métodos de detección de alteracións xénicas e cromosómicas en estado preimplantacional; e creación de liñas celulares.

Do anterior podemos concluír que *a fecundación in vitro representou unha ferramenta moi importante para o coñecemento da fecundación e desenvolvemento embrionario na súa fase inicial.*

Nunha sociedade na que estamos tan saturados de información, e de información técnica, cre o relator, que hai que recupera-lo clima de confianza que sempre existiu entre os médicos e os pacientes. El aposta máis por un consentimento confiado ca por un consentimento informado, no que o médico pode sabe-lo que di, pero non ten nas súas mans a certeza de que a súa mensaxe ou a súa información sexan coñecidos e comprendidos polo seu paciente. Agora ben, isto require que o Estado xere unha serie de condicións obxectivas nos centros sanitarios das que poida xurdir espontaneamente esa confianza.

Logo de referirse o relator ós doadores, ás usuarias, ós pais e ós fillos, falou da crioconservación e dixo que a lei non autoriza a súa crioconservación con fins de reprodución humana asistida, cando se referiu á garantía de viabilidade dos óvulos despois da súa desconxelación.

Si se permite, en cambio, a crioconservación de embrións sobrantes da aplicación das técnicas de reprodución humana asistida e que non lle foron transferidos ó útero. O límite temporal desa crioconservación fíxase tamén en 5 anos, se ben, unha vez pasados dous anos de crioconservación, se os seus titulares non dispuxeron deles, pasarán a disposición dos bancos correspondentes. Isto xerou o grave problema da acumulación de máis de 25.000 embrións sobrantes conxelados, cos que non se sabe qué facer.

No noso país formulouse a cuestión de se é posible a investigación sobre os embrións humanos *sobrantes* das técnicas de reprodución asistida. Como é sabido, nos comezos da utilización das técnicas de reprodución asistida, a dificultade do éxito na aniñación do embrión no útero da muller facía que se optase pola conxelación dun número máis ou menos alto de embrións (cinco, seis ou sete) co fin de non ter que volver reitera-lo proceso de preparación da muller. Isto daba lugar a que, en determinados casos en que a aniñación se producía con éxito cos primeiros embrións, o resto queda en situación de conxelación sen que a parella que acudira ás técnicas de reprodución humana asistida se preocupase despois polo resto dos embrións nin pretendese un embarazo posterior. Isto veu provocando, ó longo dos anos, unha acumulación de embrións sobrantes en conxelación que no ano 1999 se cifraba en máis de 25.000.

Por outra banda, a relativa indefinición da Lei de técnicas de reprodución humana asistida á hora de decidir qué facer cos embrións conxelados que excederon o tempo máximo de conxelación (5 anos), deu

lugar a que ninguén adoptase unha posición categórica e decidida cos embrións sobrantes.

Para algúns, estes embrións non teñen outro destino que a desconexión, ou o que é o mesmo, a destrución. Para outros, eses embrións debían ser obxecto de doazón a outras parellas ou de adopción por outros, para que non se lles prive da posibilidade de acadalo seu pleno desenvolvemento e conseguirla condición de persoas humanas.

No seo da Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida afrontouse o problema, aínda que con desigual solución. A conciencia maioritaria é que mellor cá destrución sería a posibilidade de permitirla investigación en beneficio da propia especie humana. Non se puxeron reparos científicos nin reparos éticos. Algúns pensaron, unicamente desde a perspectiva legal, que sería necesario que unha lei permitira a investigación, e propoñen unha modificación legal neste sentido. Outros, en cambio, asimilan os embrións sobrantes a embrións non viables, posto que non están destinados a ser implantados, e pensan que a actual lei permite a investigación sobre eles. No Informe da Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida prevaleceu, por maioría, a postura a favor da modificación legal.

O segundo relatorio da mañá correu a cargo de Carlos Romeo Casabona, director da cátedra de dereito e xenoma humano da Universidade de Deusto. O seu relatorio tratou o tema da *clonación na súa dimensión xurídica. Clonación non reproductiva: utilización de embrións para a obtención de tecidos para transplantes*. O relator fixo referencia ó feito de que a soa perspectiva de clonar embrións humanos, sexa con propósitos reproductivos ou non, desatou unha reacción contraria moi estendida.

A clonación reproductiva conta cunha serie de argumentos a favor xa que o dereito ou a liberdade de reprodución abrangue tódalas súas formas, incluídas as vencelladas coas técnicas de reprodución asistida, por conseguinte, tamén a clonación. Partindo deste dereito, a clonación podería reportar algúns beneficios: como medio para resolver as consecuencias da infertilidade dalgúns persoas; co fin de evitar os riscos de lle transmitir ó descendente unha enfermidade hereditaria grave; para facer posible a clonación dun ser con especial significación para os solicitantes, como un fillo finado ou outro ser querido; co fin de poder replicar individuos desexados polo seu talento, carácter ou outras calidades físicas ou espirituais.

Outros aspectos valiosos da clonación, neste caso non reproductiva, serían a posibilidade de obter, a partir de embrións clónicos dun individuo, células e tecidos para transplantarllos a este en caso de necesidade terapéutica; ou os valiosos coñecementos científicos que poderían obterse mediante a investigación con embrións humanos clónicos.

En contra da clonación, tamén se manexaron razoamentos non menos contundentes, xa que con ela se podería viola-lo dereito a unha identidade única, a ser diferente dos demais, ou o dereito á ignorancia sobre o futuro vital de cada individuo, o cal debe quedar aberto. En concreto, a clonación podería dar lugar a diversos danos: a mera técnica implicaría riscos para o propio ser clonado, como malformacións, enfermidades e taras, e ó mellor, o aborto; produciría efectos psicolóxicos adversos na persoa nacida por clonación; reduciría o valor dos individuos e diminuíría o respecto pola vida humana; podería dar lugar a intereses comerciais non compatibles co humano; podería ser utilizada por gobernos ou outros grupos para finalidades inmorais e explotadoras, como a xeración de individuos en serie con certas características preseleccionadas.

As diversas posicións favorables e contrarias á clonación foron polo xeral terminantes, pero tamén pouco matizadas. En traballos máis recentes aprécianse valiosos esforzos por introducir criterios máis razoados e profundos. En opinión do relator, o xuízo sobre a clonación non debe recaer en principio sobre a técnica en si, senón sobre os propósitos que se pretendan conseguir con ela.

Con moita frecuencia recórrese a denuncia-la vulneración da dignidade humana que comportarían as diversas técnicas de clonación, na medida en que se instrumentalizarían os embrións ou incluso os seres humanos resultantes de tales procedementos técnicos.

Nesta orde de cousas, procede identificar cáles son os bens ou valores dignos de protección polo dereito –bens xurídicos– que se lle poderían opoñer á clonación nas súas diversas variantes, comprobando en qué medida esta técnica e os seus resultados poderían afectar tales bens.

Nunha primeira fase aparece como ben xurídico potencialmente afectado a integridade física dos nenos nados por medio desta técnica e, en moitos casos, a súa vida mesma, se se iniciou xa a xestación e incluso antes desta.

As diversas técnicas de clonación reproductiva poden afectar varios intereses do futuro fillo. Así, podería afecta-la identidade xenética nuclear do ser nacido, en canto que, desde esta perspectiva, prívasele da condición de ser único, irrepetible e distinto a outros individuos existentes (vivos ou mortos). Ademais, o individuo así nacido pode ser froito dunha vontade allea de predetermina-las súas características xenéticas e tamén a súa personalidade, polo menos nalgún caso.

Non é factible crear seres completamente idénticos a outros xa existentes. Primeiro desde o punto de vista xenético, pois o ADN mitocondrial non é sempre idéntico, en razón da técnica utilizada, sen esquecer a posibilidade de mutacións xenéticas espontáneas; aínda que é certo que a identidade xenética realmente significativa é a nuclear. En segundo lugar, existen influencias entre citoplasma e núcleo que poderían dar lu-

gar a diferencias no fenotipo respectivo (aínda que non xenéticas), así como outras do medio uterino. En terceiro lugar, tamén é certo que o ser humano, a súa personalidade, é froito tamén de factores ambientais de espacio (familiares, culturais, sociais) e de tempo (a sucesión temporal-xeracional dos seres vivos en xeral e do ser humano en particular quen, ademais, é posuidor dunha conciencia histórica e presenta variacións culturais). É dicir, se a individualización do ser humano fora o resultado da súa singularidade xenética e da súa individualidade seríao da súa singularidade persoal (froito de factores físicos e fisiolóxicos, do desenvolvemento, da educación, da aprendizaxe, de factores afectivos e emocionais e doutros), só a primeira se podería ver afectada pola clonación, isto é, pola orixe clónica dese individuo; pero a identidade xenética non é equivalente á identidade persoal. A este respecto, representan unha proba tranquilizadora os xemelgos monocigóticos, os cales posuíndo unha dotación xenética idéntica e un ambiente temporal e, polo xeral, espacial semellantes, non desenvolven unha personalidade idéntica. Por conseguinte, serían vana os intentos dos que, por estes procedementos, pretenderan perpetuarse a si mesmos ou recuperar un ser querido ou admirado xa finado. Por outro lado, para o recoñecemento da personalidade xurídica e a igualdade ante a lei é indiferente a orixe dos individuos, isto é, no noso caso, a técnica reproductiva utilizada, de recorrerse a algunha.

A creación de seres humanos idénticos por clonación pode comportar un atentado á identidade ou irrepertibilidade xenética do ser humano, como parte do dereito á individualidade e á condición de ser un mesmo, distinto dos demais cando iso fora predeterminado deliberadamente pola acción doutro ser humano, aceptando a complexidade e variabilidade da natureza humana, e o dereito consecuente a non ser programado xeneticamente e a ser produto dun azar xenético.

Por outro lado, a clonación verdadeira atenta ó mesmo tempo contra o dereito do futuro fillo a ter un pai e unha nai xenéticos, dos cales pode chegar a ser privado o nacido de forma deliberada. Isto agrávase aínda máis cando quen solicita a clonación é unha persoa soa, isto é, cando non se trata dunha parella, xa que supón unha ameaza para o medio familiar idóneo, ó privárselle tamén da paternidade ou maternidade social.

Ademais de todos estes dereitos que poderíamos considerar individuais, tamén temos que ter en conta, por exemplo, o dereito dunha parella a recorrer á clonación como remedio á súa infertilidade ou esterilidade patolóxicas. Os poderes públicos deben protexer-la saúde dos cidadáns, facilitarlle-lo acceso ós recursos que poidan previr ou tratar enfermidades, e especialmente no ámbito internacional, proclámase o dereito a participaren dos avances científicos e tecnolóxicos. A clonación reproductiva podería querer xustificarse tamén co fin de lle previ-la trans-

misión de enfermidades hereditarias ó futuro fillo, é dicir, procura-lo seu propio benestar.

Como reflexión final sobre esta cuestión, podemos dicir que unicamente cando estivera en serio perigo a supervivencia da especie humana –hipótese excepcional só imaxinable ante unha catástrofe de magnitude universal– os intereses individuais poderían verse subordinados á protección daquela.

O Código penal de 1995 recolleu como delito a clonación humana reproductiva. Esta conducta xa figuraba como infracción administrativa na Lei 35/1988, do 25 de novembro, sobre técnicas de reprodución asistida.

Este tipo delictuoso está redactado de forma moi confusa, xa que non queda claro o núcleo da acción: se a creación de seres idénticos mediante os dous procedementos que sinala o precepto, ou esta conducta e a utilización de calquera procedemento con fins de selección da raza; é dicir, se se trata respectivamente, dun só tipo cunha estrutura comisiva alternativa, de xeito que abondaría coa realización dunha delas, pero só existiría un delito; ou, polo contrario, de dous tipos diferentes.

Sendo aparentemente admisibles ámbalas dúas interpretacións, parece máis viable a segunda, a que se refire a dous tipos diferenciados, xa que é máis ampla, dada a gravidade destas condutas, ademais de que a creación de seres idénticos por clonación non supón necesariamente que se teña que perseguir sempre como obxectivo a selección da raza, senón outros meramente reproductivos, aínda que desviados a xuízo do lexislador, sen prexuízo de que unha vez *seleccionada* unha raza sexa a clonación o procedemento idóneo para a repetición ou reprodución en serie da selección obtida.

O ben xurídico protexido presenta varias proxeccións e require un exame autónomo dos dous tipos delictuosos establecidos.

No primeiro tipo delictuoso protéxese de forma directa a identidade e irrepetibilidade do ser humano, de cada individuo nacido clónico doutro, así como, nalgunhas modalidades de clonación, a dobre proxenie biolóxica (pai e nai). Trátase, por conseguinte, dun ben xurídico de carácter individual.

No segundo tipo delictuoso a identificación do ben xurídico protexido presenta maiores dificultades. Cos procedementos de selección de certos caracteres biolóxicos estanse a predetermina-los ditos caracteres dos individuos que nazan deste xeito. É dicir, polo menos como un primeiro paso, supón a finalidade de crear individuos distintos a outros preexistentes, a diferenza da clonación, con algún trazo novo ou potenciado (ou, se cadra, coa carencia dalgún outro); certo que a selección da raza implica como paso ulterior a perpetuación do resultado obtido, mediante clonación ou outro procedemento (por exemplo, a reprodución

natural destes individuos). Por conseguinte, estase afectando dalgún xeito a integridade xenética da especie humana, cun propósito euxeñético e racista e, en consecuencia, cunha potencialidade discriminatoria. A isto quere aludi-la referencia á intanxibilidade do patrimonio xenético, non xa do posible individuo afectado, senón do que xeneticamente é característico do ser humano en xeral, incluso aínda que a acción non comporte, en sentido estrito, ningunha manipulación xenética.

Con este entendemento o ben xurídico presenta, en primeiro lugar, unha dimensión colectiva, pois a utilización de calquera procedemento con tales propósitos dá lugar xa á existencia do delicto, consumado, aínda que non chegue a nacer ningún individuo coas características propostas polo suxeito activo do delicto. Se, efectivamente, chega a producirse algún nacemento atentarase tamén contra a identidade ou irrepeticibilidade, segundo os casos, dese individuo.

Tampouco debemos esquecer-la importancia da variabilidade xenética, como garante, a longo termo, da supervivencia das especies, neste caso a humana. Ademais, ámbolos dous delictos presentan unha ulterior proxección individual, en canto tal lesión comporta ó mesmo tempo un atentado á dignidade das persoas afectadas (en canto supoña unha intención de predetermina-la súa personalidade), no caso de que chegaran a nacer, se ben, esta dimensión non aparece directamente protexida.

O obxecto material do delicto en ámbolos dous tipos delictuosos poden selo os gametos e os preembrións humanos.

A modo de conclusión, Romeo Casabona salientou que, polo xeral, enténdese que a clonación humana reproductiva pode comprometer-lo dereito do futuro ser á súa propia identidade e irrepeticibilidade xenéticas e a que non se interfira a vontade allea coa pretensión de predeterminalo proceso vital futuro do ser clonado, se ben é certo que non afectaría, polo menos de forma significativa, a identidade persoal do individuo clonado nin a súa propia traxectoria vital.

Por outro lado, as necesidades que poderían atender-las diversas variantes da clonación reproductiva non son vitais, pois non está implicada a vida de persoa ningunha a causa dunha enfermidade grave, nin se prevén polo momento de grande alcance, pois trataríase de facilita-la capacidade de ter descendencia ou de que esta non padeza enfermidades transmitidas polos seus pais; ou tal vez tamén de atender a determinados desexos reproductivos persoais, os cales, sen embargo, non parecen atendibles. Non obstante, a clonación dirixida a lles palia-la infertilidade ou a lles previ-la transmisión de enfermidades hereditarias ós fillos puidera ser aceptable no futuro, cando estas técnicas non ofrezan xa riscos significativos para o novo ser e poida garantirse a súa eficacia e a súa seguridade. Este é no momento actual a obxección máis relevante, con independencia da importancia que poidan te-las demais.

Non obstante, existen outras posibilidades (diagnósticas, tratamento ou prevención de enfermidades) que aínda que poden suscitar obxecións de diversa índole, non son tributarias dun rexeitamento absoluto, salvo cando se modifique ó mesmo tempo a liña xerminal ou comporte a xeración de embrións humanos destinados directamente á investigación, sobre o cal non hai aínda un criterio suficientemente compartido.

O derradeiro relatorio destas xornadas correu a cargo do director destas: Rafael de Mendizábal Allende, o cal para cumprir co título do seu relatorio *Entre o mito e a ciencia*, quixo comezar coa mitoloxía e afirmou que na espiral do tempo, nesa cuarta dimensión da ecuación do Universo, o pasado máis remoto enlázase, sen forzamento ningún, coa visión futurista.

Nun salto vertixinoso, a imaxinación creadora, lévanos da mitoloxía ó mito. Un escritor español, Carlos Mendizábal, fixo literatura de anticipación ou ficción científica, como logo foi bautizada. En 1917 escribiu un libro asombrosamente profético, publicado 5 anos despois co título: *Pigmalión y Galatea*, no cal o protagonista é un sabio alemán que pensa na posibilidade de duplica-la materia, ensaia e conségueo, primeiro con minerais e logo con vexetais. Orgulloso dos seus experimentos, dubida repetilo no reino animal e, á fin, como todo sabio, xa non se detén e atrévese cun pequeno rato, lográndoo tamén. Ebrio de triunfo, sabe que hai un máis alá que o fai tremer: inténtao cun ser humano; pero vese empurrado por unha tremenda tentación persoal. Está tolamente namorado dunha moza casada e católica que o rexeita constantemente e que, de súpeto, vén na súa busca co prego de someterse a unha operación urxente e delicada na que el é excelente especialista. Xa non dubida e, tras operala con éxito, duplicaa en secreto. Coma un moderno Pigmalión, o artista chipriota namorado da súa estatua de mármore, fixo que Afrodita a convertera en Galatea; comproba que a ciencia substituíu a deusa no seu caso.

Sen embargo, velaí empeza o drama: a muller que el desexa é tan intelixente e culta coma fermosa e así a quere, pero a súa dobre nace coma un bebé, sen fala e sen capacidade para valerse por si mesma. Copiou un corpo perfecto pero desalmado. Non puido duplica-la súa ánima e, tras unha longuíssima loita en que tenta coidala e educala como necesitaría facelo cun neno, pero sen conseguilo, desespérase.

Cos seus tenaces e prolongados esforzos, sen avanzar a penas, chega un momento en que empeza a forxarse na súa mente a idea de que fracasou e como a estraña vida que leva está a suscitar sospeitas, cada vez máis vivas na veciñanza, e a policía intervén anunciando un rexistro na súa casa laboratorio, decide un final de traxedia wagneriana: voa-lo edificio e con el a súa ilusión e a súa clónica.

Segundo Mendizábal, as investigacións sobre o xenoma recondúcenos ó problema da liberdade do home, que é a capacidade de optar e a posibilidade de elixir. O libre albedrío, nunha nomenclatura clásica, está no miolo de calquera tendencia moral e, por suposto, no eido xurídico, onde se chama autonomía da vontade no dereito privado e se reflicte no elemento clave da culpabilidade, eixe do dereito penal.

Aínda que non sexa posible resucita-la idea lombrosiana do criminal nato, quizais algún día haxa que revisa-las nocións de delicto e de delincuente para pasar ás de sociopatía e sociópata, coa correlativa substitución da pena por un tratamento terapéutico.

No voo do home cara á liberdade, nesa longa marcha histórica, os motores foron sempre, un tras outro, a ciencia e o dereito. Aquela a rompe-la fronte de batalla e este, a ocupar permanentemente o terreo gañado con tódolos riscos que entraña o manexo de cada nova fonte de poder sobre a natureza e sobre nós mesmos. Non esquezamos que é o coñecemento, a verdade, quen nos fai libres.

Segundo o relator, unha idea quedou flotando nesta aula: a cartografía xenética está xa acabada aínda que o xeroglífico da vida non se descifrara aínda de todo. En definitiva, como dixo o presidente Clinton *descifrámo-la mensaxe de Deus*. E como este tema suscita as virtudes literarias de todos, ata os creadores da ovella Dolly publicaron un libro titulado: *A segunda creación*.

O home non é un ser perfecto, estase a facer constantemente, día a día, e a personalidade, na súa indubidable duplicidade psicossomática, constitúe o resultado do orgánico que evoluciona, cuantitativa e cualitativamente, ó tempo que se desenvolve espiritualmente a través da educación, saber e experiencia, vivencia. En suma, a imperfección forma parte dese conxunto e, por iso, hai que ter un coidado exquisito con calquera manipulación para elimina-los defectos, non vaia ser que a ruptura dese equilibrio cree monstros de perfección.

Deixemos, pois, o home en xerundio, facéndose, desvalido e vulnerable, perecedoiro aínda que con vocación de eternidade e transcendencia, andando a tropezóns o seu camiño pero sempre cara adiante. Non quedaría completa esta andadura inicial se a análise científica non conducira a unha síntese poética desde a verdade á beleza, valores sempre unidos na pescuda da esencia humana a través da célula do pelo, da saliva, da unlla. Recorda neste momento o relator un soneto de amor que, segundo el, trasládalle ó lector o estremecemento de quen o escribiu: Francisco de Quevedo, desde a perspectiva da súa propia morte e, polo tanto, desde os seus propios xenes feitos terra. Ese amor visceral e transcendido faille dicir á súa amada que o seu corpo desfeito, os seus desposos, serán cinzas mais terán sentido, *po serán, mais po namorado*.

O concepto de moral, nunha sociedade plural e democrática, non é

un concepto unívoco ou que poidamos definir con límites precisos. Os mellores teólogos, neste momento, chámano unha moral de solapamento ou o que poderíamos chamar cunha expresión matemática, unha moral de mínimos ou unha moral de común denominador. Este é o concepto de moral que aceptou o TC explicitamente, e así, define a moral, o concepto de moral no que se asenta a Constitución porque hai que deixar ben claro que o TC non fai moral, o único que fai é dicirnos se algo cabe ou non dentro dos límites da Constitución, non que sexa bo, non que sexa malo, non que sexa o mellor, non que sexa equivocado, senón simplemente se cabe. É o gardián, o que garda a Constitución, o que a interpreta para saber ata onde chega o seu perímetro. O demais é obra do lexislador e, na medida que lles corresponde, obra dos xuíces.

Pois ben, a xurisprudencia do TC, o resto da xurisprudencia hai que entendela desde unha perspectiva estrictamente xurídica e entón podemos facer unha enumeración rápida, o máis completa posible de cáles son os dereitos fundamentais implicados na investigación xenética, nos adiantos científicos coma os nomeaba un personaxe da Verbena de la Paloma cando dicía *hoy las ciencias adelantan que es una barbaridad*.

De tódolos xeitos, o relator pensa que hai que fuxir do medo. O descoñecido, provoca sempre no home unha reacción de medo. É lóxico que o medo nos faga reaccionar, pero o home ten unha capacidade intelectual que lle permite reconducir racionalmente as súas emocións e incluso dominalas, polo tanto, o problema da investigación xenética hai que enfrialo e hai que tratalo con rigor e hai que tratalo sen medo.

O fundamento de tódalas argumentacións que se manexan en torno á investigación xenética, ó xenoma e a tantas outras realidades está sempre na dignidade humana.

A dignidade humana segundo a nosa Constitución é o fundamento de tódolos dereitos fundamentais, é a súa raíz. Pero ¿que é a dignidade humana? No renacemento a dignidade humana é *a condición de ser un elo entre Deus e o Mundo*; esa condición extraordinaria que lle permite ó home se-lo señor do mundo.

Pero a dignidade humana cando se mestura coa investigación xenética é un concepto ambivalente porque non nos conduce dereitamente a un resultado, é, en realidade, polisémica, porque no terreo da investigación xenética, no terreo da bioloxía qué é indigno: o fin, medios, ónde está realmente a vara de medir que nos permita sabe-lo que é indigno. En realidade, indigno, contrario á dignidade humana, é todo o que é inhumano, todo o que lle é contrario á esencia do home. Isto tampouco nos conduce moi lonxe de momento, pero é un portelo, un camiño que nos permite saber cál ten que se-la vara de medir. En definitiva, estamos coma sempre no terreo de conceptos xa inventados. Os sofistas gregos dicían que o home é a medida de tódalas cousas. Pois ben, a dignidade

humana é algo que nos ten que servir de vara para medi-los demais de-
reitos humanos e entón nunha enumeración rápida temos en primeiro
lugar o dereito á vida que é un dereito que ten uns contornos non moi
definidos porque, por unha parte temos que saber qué é a vida: a vida
vexetal, a vida animal e logo a vida animada e incluso a vida inanimada,
a vida mineral; que tamén das pedras se dixo que tiñan vida e, segundo
o relator, quén sabe se non a teñen.

Pero temos que investigar primeiro qué é a vida e segundo, cál é o
tipo de vida que está protexida pola Constitución española de 1978, e
o TC, incluíu dentro do dereito á vida como titular ó que é a persoa hu-
mana segundo o Código civil e ampliouno dunha maneira *ficta* tamén ó
nasciturus, ó que vai nacer. Ampliación que ten unha razón de ser, un
sentido común no seu propio beneficio pero excluíu todo o demais. Se
isto está ben ou está mal non o sabemos. Este concepto terá que variar
cando a ciencia nos proporcione máis datos. Ata o de agora, ós xuristas,
ós homes que non somos científicos, a ciencia non nolo proporciona e,
naturalmente, dentro dunha moral de solapamentos, os xuristas témon-
nos que ater á ciencia, ós datos obxectivos. Naturalmente, hai outras ma-
neiras de afronta-lo problema como pode se-la maneira relixiosa, o en-
foque relixioso e, dentro das relixións distintas, o enfoque cristián, o
enfoque católico.

Hai outro dereito tamén afectado por tódolos temas xenéticos que é
o dereito á integridade corporal. Agora non é cruento, non implica agre-
sión ningunha obter unha mostra de calquera parte do corpo: dun ca-
bello, dunha unlla e, polo tanto, a integridade persoal desde este punto
de vista non queda afectada, en absoluto, pola achega da xenética ó de-
reito.

A intimidade é o dereito a quedar só; é o dereito a que ninguén entre
no noso reducto máis profundo; é o dereito a que non se coñeza o que
queremos que non se coñeza. Pero aquí é algo máis, porque a intimi-
dade comprende o dereito a saber e comprende algo máis paradoxal que
é o *dereito a non saber*. (O dereito á intimidade, excepcionalmente en
materia xenética, recoñécelle ó suxeito a potestade de rexeita-lo coñece-
mento do que se investigou sobre el).

A liberdade é un dereito que naturalmente está afectado e pode pre-
sentar unha serie de connotacións en tódalas esferas do dereito moi in-
teresantes que aquí non se pode desenvolver pero si convén aludir a dous
aspectos ou a dous temas fundamentais que están na Constitución:

O primeiro é a tutela xudicial efectiva que parece non te-la menor re-
lación coa investigación xenética, sen embargo, vese moi afectada, e po-
sitivamente, por esta tutela e aí están implicadas: a carga da proba, a pre-
sunción de inocencia, o xuízo con tódalas garantías porque non hai
maior garantía en calquera proceso, en calquera xuízo, e sobre todo no

penal, que dispoñer de probas que teñan unha fiabilidade do 100%. Entón entra aquí algo que xa están a utilizar tódolos xuíces e tódalas policía do mundo: a identificación mediante o ADN. Isto é algo que desde tódolos puntos de vista significa un apoio impresionante para a xustiza, porque tendo en conta as garantías que proclama a Constitución para a tutela xudicial efectiva sen indefensión, cada vez restrínxese máis o ámbito das probas que puideramos chamar indirectas para que entren en xogo e teñan protagonismo as probas directas, as probas materiais e, polo tanto, dunha policía de sospeitas e de conviccións morais, pasouse e débese pasar a unha policía científica.

En opinión do relator, aínda pode haber máis, o derradeiro precepto constitucional afectado é o artigo 25. O artigo 25 configura o *ius puniendi*, o dereito a castigar, a potestade penal e a potestade sancionadora da Administración e establece ou reconece a figura da pena que por máis que a xente fale coloquialmente da rehabilitación, a finalidade da pena segue sendo, en primeiro lugar, a de castigar, logo hai outras e entre elas a rehabilitación. Pois, nos dous estadios da pena: o momento de imponse-la e o momento de vulga-las posibilidades ou a realidade da rehabilitación, a investigación xenética e os descubrimentos da ciencia son dunha utilidade tremenda. Niso que o procedemento norteamericano chamou nunha segunda fase, sobre todo para os xuízos de pena capital, *o xuízo de carácter, o xuízo de personalidade*, é dicir, o xuízo no que a un individuo a quen se lle atopa culpable dun feito, se decide se debe morrer, se merece morrer ou non, ou ser encarcerado. Nese xuízo a investigación xenética pode ser, dentro de pouco, dunha utilidade impresionante.

E, naturalmente, no tema da rehabilitación, que por outra parte nos leva ó xa iniciado do cambio de talante do dereito penal, nun futuro non inmediato pero si nun futuro previsible ó seu entender; aínda que a función de profeta sexa unha función moi perigosa e se corra o risco que xa correu algún futurólogo de anuncia-la súa propia morte e seguir vivindo, *por sorte para a persoa e para descrédito do futurólogo*.

O acto de clausura correu a cargo de Jaime Pita Varela, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, quen salientou a importancia deste tema nunha sociedade como a galega, nunha sociedade moderna, e afirmou que temas coma este están a redundar positivamente no desenvolvemento e na nova calidade de vida e que vai ter, ademais, nos vindeiros anos unha repercusión tan importante, posto que foi este un dos primeiros foros no conxunto do Estado no que se falou desta cuestión. 

XORNADA SOBRE AS LEIS DE ORZAMENTOS XERAIS DO ESTADO E DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA, E DAS SÚAS RESPECTIVAS LEIS DE ACOMPAÑAMENTO, DO ANO 2001

(EGAP, Santiago de Compostela, 14 de febreiro de 2000)

María del Carmen Silva López

Avogada

Dentro do marco das súas actividades formativas a Escola Galega de Administración Pública, no seu empeño por documentar e achegar-lles ó funcionariado galego e á cidadanía en xeral as máis recentes e transcendentales novidades xurídicas, realizou o día 14 de febreiro de 2001, na sede da propia escola, unha xornada sobre as leis de Orzamentos xerais do Estado e da Comunidade Autónoma de Galicia, e das súas respectivas leis de acompañamento, do ano 2001. A súa finalidade principal era darlles a coñecer ós numerosos asistentes as novidades introducidas por estas leis, que constitúen pezas esenciais da xestión administrativa. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia de máis de cen persoas. Durante a xornada, destacadas personalidades galegas e españolas expresaron as súas posturas sobre esta importante materia.

* * * *

Estas xornadas foron inauguradas polo conselleiro de Economía e Facenda da Xunta de Galicia, José Antonio Orza Fernández, quen afirmou que os orzamentos da CCAA de Galicia de 2001 son os últimos aprobados polo Parlamento galego na actual lexislatura e son posibles

na concreción das políticas prioritarias que conteñen, porque gardan coherencia cos que se viñeron aplicando nas lexislaturas anteriores, é dicir, desde o ano 90. En Galicia, produciuse unha profunda mellora económica e social á que non é allea a política orzamentaria que se seguiu e que fundamentalmente estivo orientada a consolidar o crecemento económico, a creación de emprego e a cohesión social, apoiada na xestión eficaz e transparente.

A conferencia inaugural correu a cargo do director xeral de Orzamentos do Ministerio de Facenda, Jaime Sánchez Revenga, quen falou dos Orzamentos xerais do Estado de 2001 e o seu encadramento nun contexto de estabilidade orzamentaria. Comezou dicindo que os orzamentos de 2001 constitúen o paradigma dun camiño do punto de chegada e do punto de partida dunha política orzamentaria que está baseada fundamentalmente na estabilidade das contas públicas. De forma que esta sexa compatible cun crecemento estable da economía, cunha adecuada creación de emprego e cun mantemento dos equilibrios económicos básicos. Os orzamentos son un estado de ingresos e de gastos. Son a expresión da política económica do axente público ó que lle corresponden. É a expresión da actividade económica do sector público. A actividade do sector público busca tres fins básicos:

1. Asignarlle-los recursos ós mercados.
2. Procura mante-la estabilidade económica.
3. Distribúe a renda.

A asignación de recursos supón non só a clásica provisión de servizos e de bens públicos por parte do sector público, senón tamén o exercicio das denominadas políticas de regulación, destinadas a manter e a asegurar-la competencia dos mercados. E, en definitiva, que os excedentes producidos polo mercado e pola actividade económica se repartan dunha forma adecuada evitando situacións monopolísticas ou tendentes ó monopolio.

A estabilidade económica búscase a actividade do sector público a través da creación de capital público e a través do mantemento dos equilibrios básicos mediante unha adecuada conformación do sistema fiscal, de maneira que este sexa suficiente e neutral, e cunhas adecuadas políticas de protección ó emprego.

A distribución da renda perséguese o sector público por unha parte, mediante as políticas de protección social, e por outra, a través das políticas de educación e sanidade que permitan unha igualación de oportunidades para tódolos cidadáns en relación cos mercados de traballo.

Esta actividade do sector público desenvolveuse ó longo dos últimos tempos dunha forma diferente en función das características económicas, políticas do contorno social. Diferéncianse tres grandes períodos:

■ Primeiro período: 1940–1975, caracterizado por:

1. Escaso tamaño do sector público. O sector público a primeiros dos 40 era arredor do 16% do PIB. Termina o período nun 25%. Supón unha escasísima oferta de servicios e bens públicos, e unha escasa actividade destinada a favorecer-lo crecemento económico e a protección social.

2. A actividade reguladora é importante. A actuación do Goberno naquela etapa debido á política de regulación era moito máis intensa que nos nosos días, cos inconvenientes que ten a política de regulación na que o mercado non ten a capacidade de asignar adecuadamente os recursos.

3. Insuficiencia tributaria crónica, a pesar de ser un sector público moi pequeno. Practicamente o concepto de déficit como tal reproducése anualmente, e reformas fiscais significativas como poden se-las de 1957 ou a de 1964 tenden a mellora-la capacidade recadadora do sector público, en tanto que non existe unha imposición persoal, progresiva ata moito despois.

■ Segundo período: 1975–1986 (entrada na UE).

1. Caracterízase nos seus inicios pola coincidencia de dous grandes acontecementos, un político e outro económico. O primeiro foi a transición dun réxime dictatorial a outro democrático, e o segundo, pola coincidencia dentro deses anos dunha crise enerxética, que España non aborda no seu inicio. Cando a abordou, a partir de 1976-77, foi con decisións económicas que en lugar de atalla-los problemas do proceso, tenden a fulminalo, que provocan importantes efectos na economía española, e producen desequilibrios nos tipos de xuro e na inflación.

2. Iníciase un importante proceso de reforma fiscal. É a finais dos 70 e principios dos 80 cando se empeza a aplicar en España por primeira vez un Imposto xeral sobre a renda das persoas físicas, xa que non existía esta imposición, anque existía un imposto chamado «sobre a renda» que era complementario dos impostos de productos. Así, España inicia unha etapa de homologación fiscal, coa estruturación dun imposto sobre a renda persoal a finais dos 70.

3. Comeza unha desregulación tímida do sistema financeiro, unha desregulación dos mercados.

4. Dáse unha reforma importante na imposición indirecta coa introducción do IVE para homologa-la nosa imposición indirecta como consecuencia necesaria do noso ingreso na UE.

5. Prodúcese un importante incremento do sector público que pasa do 25% ó 45%.

6. Caracterízase tamén por desequilibrios nas contas do sector público.

■ Terceiro período: 1986–2000. Este período dividiuno o relator en dous subperíodos: 1986–1995; 1995–2000.

1. O resultado das contas públicas vai empeorando, ata que en 1993 sitúase o déficit público nun tope significativo e de desequilibrio da actuación do sector público (7,3%) e que anuncia un problema importante no equilibrio público.

2. Prodúcense importantes tensións no sistema de protección social, na Seguridade Social, que anuncia un cansazo importante dos seus ingresos.

3. O axuste que soportan as contas públicas españolas e que soportan tódalas contas da UE para pasar ese exame de ingreso na UE, é máis intenso en España, porque a situación de partida era máis baixa. Este axuste coincide coa redución do déficit estrutural.

A política económica nos últimos anos dá lugar ó nacemento dun novo modelo de crecemento económico, no que o alto crecemento se fai compatible cuns intereses adecuados e cunha estabilidade de prezos. Neste contorno de política económica, de crecemento económico, aparecen os orzamentos de 2001, que teñen dúas características:

1. Formal, son os últimos orzamentos en pesetas.

2. De fondo, son os primeiros orzamentos equilibrados dos últimos 25 anos, e salvo excepcións, de todo este longo período da historia financeira española.

Estes orzamentos reforzan a disciplina no gasto que se iniciou en 1996 coa aprobación da Lei de disciplina orzamentaria. Esta disciplina de gastos é compatible cun incremento importante do investimento público, cun apoio ós servicios públicos básicos e cunha priorización do gasto social que supón xa arredor do 55% do total dos Orzamentos xerais do Estado.

Os orzamentos de 2001 presentan prioridades claras no financiamento das políticas públicas: sanidade; prestacións sociais; infraestruturas; investigación, desenvolvemento e innovación; servicios públicos como a xustiza e a seguridade cidadá.

A importancia do equilibrio orzamentario permite consolidar a estabilidade económica, prolonga-lo crecemento e a creación de emprego, asegurar para o futuro a protección social e recortar de forma importante a débeda pública.

A necesidade de consolidar para o futuro este proceso de estabilidade, fixo que o Goberno aprobara recentemente unha norma denominada Lei de estabilidade, que ten a misión de configurar xuridicamente procedementos de xestión orzamentarios que aseguren este proceso de estabilidade. Esta lei de estabilidade demostra no sector público español unha vocación estrutural e permanente de que esta estabilidade orza-

mentaria ten o seu fin no proceso de redución do déficit orzamentario e é o comezo dun proceso de estabilidade (equilibrio e superávit).

Este proceso de rigor da política orzamentaria permitiu o acceso á Unión Monetaria Europea e a redución dos tipos de xuro, creación de emprego e redución da inflación. Estes orzamentos equilibrados consolidan a estabilidade económica, melloran as políticas de investimento e de gasto social, alivian a débeda das xeracións futuras e danlle máis creto ó Estado fronte á sociedade.

Unha política económica debe ir dirixida a estes obxectivos, e a política orzamentaria terá que ser un complemento desa política económica que se ve reflectida na actualización do programa de estabilidade de España, que o Goberno ten a obriga de lle presentar a Bruxelas dentro deste mes ou do seguinte.

A continuación, Antonio Panizo García, xefe da Asesoría Xurídica da Secretaría de Estado de Orzamentos e Gastos do Ministerio de Facenda, na súa intervención sobre o «contido da Lei de Orzamentos xerais do Estado e da Lei de medidas fiscais, administrativas e da orde social de 2001», empezou o seu relatorio facendo referencia á doutrina constitucional sobre o contido da Lei de Orzamentos xerais do Estado. O artigo 134 da CE¹ regula o contido e procedemento de elaboración dos Orzamentos xerais do Estado. O Tribunal Constitucional foi perfilando en doutrina reiterada² o contido temporal e material desta lei. De acordo con esta doutrina constitucional, a Lei de Orzamentos xerais do Estado aparece coma unha verdadeira lei. Non obstante, esta lei non só contén previsións contables senón que tamén constitúe un vehículo de dirección e orientación da política económica do Goberno.

A doutrina constitucional distingue na Lei de orzamentos un contido mínimo, necesario e indispoñible, constituído pola expresión cifrada da previsión de ingresos e a habilitación de gastos e, un contido posible, non necesario ou eventual.

Por outra parte, o TC en diversas sentencias cualificou a Lei de orzamentos como unha norma esencialmente temporal. De modo que cando accidentalmente poden formar parte da Lei de orzamentos preceptos con carácter plurianual, se no precepto incluído na lei non se establece outra cousa, a súa vixencia coincidirá co ano de vixencia do exercicio orzamentario. Por todo, o articulado da Lei de orzamentos na actualidade limítase a regular medidas de carácter anual directamente relacionadas coa previsión de ingresos ou coa autorización de gastos, así como outras de carácter tributario.

¹ Constitución española do 27 de decembro de 1978.

² Sentencias do TC números 27/1981, 63/1986, 65/1990, 195/1994, 203/1998... e a última delas a número 32/2000, do 3 de febreiro.

Despois apareceu no noso ordenamento un novo instrumento lexislativo, as leis de medidas fiscais, administrativas e da orde social, tamén coñecidas como leis paralelas ou de acompañamento. Esta lei non difire formal e materialmente de calquera outra lei ordinaria. Non teñen un contido constitucionalmente taxado, xa que poden regular todas aquelas medidas que, no ámbito de competencias do Estado, non se atopan reservadas á lei orgánica.

Referiuse despois ó contido da Lei de Orzamentos xerais do Estado para o ano 2001³. Esta lei estrutúrase en oito títulos, que comprenden oitenta e oito artigos, unha parte final na que se inclúen vinteseite disposicións adicionais e seis disposicións transitorias, así como sete anexos.

A introducción do euro como moeda de curso legal a partir do 1 de xaneiro de 2002, e a desaparición definitiva da peseta como medio de pagamento de curso legal o 28 de febreiro do mesmo ano, esixirá que os Orzamentos xerais do Estado para ese exercicio se elaboren nesa unidade monetaria. A vixente Lei de orzamentos inclúe, xunto á expresión en pesetas das cifras que contén, o seu valor de cambio en euros. Non obstante, a expresión do valor en euros carece de todo valor preceptivo.

O título I da lei inclúe o seu núcleo esencial, incorporando no capítulo I a aprobación da totalidade dos estados de ingresos e gastos do Estado, dos seus organismos autónomos, da Seguridade Social así como os orzamentos das demais entidades que integran o sector público estatal, consignando ademais o importe dos beneficios fiscais que afectan os tributos do Estado. Tamén aproba os orzamentos do ente público Radiotelevisión Española e das sociedades mercantís estatais Televisión Española e Radio Nacional de España, os das restantes sociedades mercantís estatais e os das entidades públicas empresariais e dos organismos públicos. Tamén a aprobación dos gastos de funcionamento e investimentos do Banco de España. No capítulo II establécense as normas de modificación e execución dos créditos orzamentarios. No capítulo III establécese o financiamento do Instituto Nacional da Saúde e o Instituto de Migracións e Servicios Sociais.

O título II da xestión orzamentaria, no seu capítulo I regula a xestión dos orzamentos docentes. No capítulo II acóllense as normas relativas á xestión orzamentaria da sanidade e dos servicios sociais, e incorpora as normas de modificación e execución dos créditos do orzamento do INSALUD e o INSERSO. No capítulo III fíxase a porcentaxe de participación da Axencia Estatal de Administración Tributaria do Estado na recadación bruta obtida no 2001 derivada da liquidación e xestión recadadora ou doutros actos acordados ou dictados por ela, establecéndose nun 18%.

³ Lei 13/2000, do 28 de decembro de 2000.

O título III, no seu capítulo I fíxase con carácter básico para o conxunto do persoal ó servizo dos sectores públicos estatais, autonómicos e locais, un incremento global das retribucións que non poderá superalo 2% respecto ás retribucións do ano 2000.

O título IV regula a determinación inicial das pensións do réxime de clases pasivas do Estado, especiais de guerra e non contributivas da Seguridade Social, as limitacións na sinalización inicial de pensións públicas, a revalorización e modificación dos valores das pensións públicas para o ano 2001, os complementos para mínimos e fíxase a contía das pensións non concorrentes do extinguido Seguro obrigatorio de vellez e invalidez (SOVI). Establécese un incremento destas para o ano 2001 dun 2%, igual ó do IPC previsto para o ano 2001.

O título V relativo ás operacións financeiras, recolle no seu capítulo I dedicado á débeda pública, a autorización da contía ata a cal o Estado e os organismos públicos poden realizar operacións de endebedamento.

O título VI ocúpase daquelas medidas en materia tributaria que poden regularse na Lei de orzamentos por prevelo así unha norma tributaria substantiva. En materia de impostos directos, no Imposto sobre a renda das persoas físicas, actualízanse os coeficientes correctores do valor de adquisición de bens ó 2%; no Imposto de sociedades actualízanse os coeficientes. En materia de impostos locais, actualízanse tódolos valores catastrais do Imposto sobre bens inmobles, e no Imposto sobre actividades económicas modifícanse diversos epígrafes das tarifas. En materia de imposición indirecta, no Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados actualízanse as escalas aplicables ás transmisións, rehabilitacións e recoñecementos de títulos e grandezas. En materia de taxas, establécense con carácter xeral os tipos de contía fixa das taxas da Facenda estatal, dáselle nova redacción á regulación dos tipos de taxa por xogos de sorte, envite ou azar.

O título VII refírese ós entes territoriais.

O título VIII recolle a actualización das bases e tipos de cotización á Seguridade Social nos distintos réximes e polas distintas continxencias. Así mesmo, recóllense as cotizacións ás mutualidades de funcionarios, MUFACE, ISFAS e MUGEJU.

Complementase a lei con diversas disposicións adicionais e transitorias.

Referiuse despois o relator ó contido da Lei de acompañamento⁴ que se estrutura en cinco títulos, que inclúen oitenta e seis artigos, trinta e nove disposicións adicionais, nove disposicións transitorias, unha disposición derogatoria e dúas disposicións finais.

⁴ Lei 14/2000, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social.

O título I inclúe tódalas normas que conforme o artigo 134.7 da CE, poden formar parte da Lei de orzamentos. En materia de impostos directos o capítulo I inclúe modificacións de diversos impostos, que se complementan polas disposicións adicionais segunda e trixésimo quinta, e transitorias oitava e novena (Imposto sobre a renda de persoas físicas, Imposto sobre sociedades, Imposto sobre a renda de non residentes, Imposto sobre sucesións e doazóns). O capítulo II recolle diversas normas en materia de impostos indirectos (IVE, Imposto de transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados). No capítulo III modifícanse e actualízanse diversas taxas, en particular a que grava a utilización do dominio público radioeléctrico e as taxas postais. No capítulo V modifícase a Lei xeral tributaria sen materia de interrupción da prescrición.

O título II, do social, modifica diversos preceptos do texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social, do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións da orde social.

O título III, recolle diversas normas aplicables ós funcionarios públicos.

O título IV, da xestión e organización administrativa, modifica un conxunto de normas no texto refundido da Lei xeral orzamentaria.

O título V recolle diversas medidas reguladoras de actividades da Administración (en materia monetaria, de mercado de valores, de seguros, de exportación, de turismo, de hidrocarburos, de portos, de autoestradas, de agricultura, de cultura, de telecomunicacións, do medio natural, de sanidade, de investigación científica e técnica, de seguridade privada e de navegación aérea).

As disposicións adicionais e transitorias recollen diversas previsións que, por razóns de técnica legislativa, non se consideran susceptibles de inclusión nos títulos anteriores. Culmina a lei cunha disposición derogatoria na que se inclúe a derogación xenérica de cantas disposicións de igual ou inferior rango se opoñan ó establecido na lei, e dúas disposicións finais, relativas á habilitación ó Goberno para dictar cantas disposicións sexan necesarias para o desenvolvemento e execución da lei, e de entrada en vigor da lei que se fixa o 1 de xaneiro de 2001.

O derradeiro relator da mañá foi o subdirector xeral de Política Orzamentaria da Dirección Xeral de Orzamentos do Ministerio de Facenda, José Antonio Godé Sánchez, quen falou do «Proxecto de lei xeral de estabilidade orzamentaria: aspectos económicos e normativos».

A economía do sector público dos países desenvolvidos experimentou nas últimas décadas un proceso sostido de crecemento do gasto público, xeralmente acompañado da aparición de déficit significativo nas contas das administracións públicas, que teñen uns ingresos que non eran capaces de se lles igualaren ós gastos. O fenómeno deu lugar a pre-

sentacións de políticas orzamentarias orientadas a unha limitación do crecemento do gasto público a través dun control rigoroso do déficit e da redución da débeda pública.

Os programas de estabilidade que España veu comprometendo desde 1998 que culminan co recentemente aprobado para o período 2001-2004 esforzáronse en adoptar esta liña e supera-los sucesivos obxectivos de redución do déficit e prepara-lo camiño de transformar un mandato xurídico obrigatorio, esta política de saneamento estable do sector público, que agora se traslada a unha norma con rango de lei. Pero o compromiso e a responsabilidade que asume o Estado español fronte a Europa, non se esgota no ámbito orzamentario do Estado e anque a el lle competen constitucionalmente as bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica e o sistema monetario, as actuacións concírenlles así mesmo ás comunidades autónomas⁵, sen prexuízo da súa autonomía financeira, que é imprescindible coordinar coa actividade do propio Estado. Así o considera o Consello de Estado, que argumenta no seu informe o fundamento constitucional da competencia do Estado para a aprobación da Lei xeral de estabilidade orzamentaria, co carácter de lexislación básica, salvo na parte referida exclusivamente ó Estado. Á súa vez, a normativa dirixida ás CCAA, que responde a mecanismos de coordinación entre a Facenda estatal e a das CCAA revestirá o carácter de lei orgánica. Polo tanto, estamos en presenza non dun, senón de dous proxectos de lei de estabilidade, que cando culmine a súa tramitación parlamentaria darán lugar tamén a dúas leis distintas, referidas a unha única materia, a estabilidade orzamentaria, que deberán ser interpretadas e aplicadas en forma conxunta e complementaria.

A continuación, o relator examinou separadamente ámbolos proxectos, que se atopan actualmente nas Cortes Xerais, en período de presentación de emendas.

En canto ó Proxecto de lei xeral de estabilidade orzamentaria, o seu ámbito obxectivo é o establecemento dos principios rectores ós que deberá adecuarse a política orzamentaria do sector público verbo da consecución da estabilidade e crecemento económicos, así como a determinación dos procedementos necesarios para a aplicación do principio de estabilidade orzamentaria (art. 1). En canto ó ámbito obxectivo de aplicación (art. 2) distínguense dous grandes grupos de axentes: as administracións públicas (o Estado, a Seguridade Social, as comunidades autónomas e as entidades locais) e o resto do sector público ou sector público empresarial (as entidades públicas empresariais).

Os principios que informan esta lei son os seguintes:

⁵ En adiante CCAA.

1. Estabilidade, principio esencial. Entenderase por estabilidade orzamentaria, en relación coas administracións públicas, a situación de equilibrio ou de superávit, computada en termos de capacidade de financiamento. Considérase a estabilidade como as situacións de non déficit. En relación coas empresas e entidades empresariais, entenderase como a posición de equilibrio financeiro á que se accederá a través da adopción de estratexias de saneamento que eviten ou diminúan as perdas e poidan achegar beneficios adecuados ó seu obxecto social ou institucional.

2. Temporalidade, principio complementario do principal. A elaboración dos orzamentos no sector público enmarcarase nun escenario plurianual compatible co principio de anualidade polo que se rexe a aprobación e execución orzamentaria.

3. Transparencia, de natureza instrumental. O principio de transparencia establécese ó afirmar que os orzamentos dos suxeitos comprendidos no ámbito de aplicación desta lei e as súas liquidacións deberán conter información suficiente e adecuada para permiti-la verificación do cumprimento do principio de estabilidade orzamentaria.

4. Eficiencia na asignación e utilización de recursos públicos, de referencia. As políticas orzamentarias diríxense ó cumprimento de políticas de redistribución, prestación de servicios e produción de bens ó servizo dos cidadáns. Para asegura-la súa viabilidade estas deben relacionarse coa situación da economía e dimensionarse atendendo ó principio de estabilidade que o orzamento debe preservar, e a súa realización debe asumir a necesidade de conseguir a calidade nos resultados, e garantir a eficiencia e economía da súa execución.

O autor acabou por concluír que a lei propugna a estabilidade orzamentaria como suposto xeral, considera e regula como excepciónais as situacións de déficit, atribúelle ó Goberno a obriga de velar polo cumprimento do obxectivo en tódolos ámbitos do sector público, asigna por axentes un obxectivo global que someteu previamente á aprobación das Cortes Xerais, obxectiva a medición uniforme do obxectivo con metodoloxía europea e define determinados supostos de responsabilidade derivados do incumprimento individual dos axentes.

Pasa de seguido a lei a regula-lo proceso orzamentario dentro do sector público estatal, no que a lei introduce tres novidades:

1. Fixación dun límite máximo anual de gasto coherente cos escenarios orzamentarios plurianuais previamente elaborados.

2. Establecemento dun «fondo de continxencia de execución orzamentaria» co que se atenderán necesidades de carácter non discrecional e non previstas no orzamento inicialmente aprobado que poidan presentarse ó longo do exercicio.

3. Impónselle ó Goberno a obriga de lles remitir ás Cortes Xerais un plan de corrección da situación de desequilibrio.

A lei inclúe tamén como novidade derivada do principio de plurianualidade, a preparación dunha previsión de ingresos e gastos nun horizonte plurianual, pois é o instrumento que posibilitará a adopción de decisións de política orzamentaria imposibles de cumprir nun horizonte tan curto como é o do orzamento anual.

Aborda seguidamente a lei a fase de execución orzamentaria, e introduce unha figura nova consistente na dotación inicial dun fondo global e baleiro de adscrición a atencións concretas chamado destino do saldo da liquidación. É claro o propósito da lei de garanti-la elaboración e execución de orzamentos equilibrados, pero a vontade da lei vai máis alá e establece o destino final dos recursos que constitúan o superávit e que non é outro que a redución da débeda.

Finalmente o Proxecto de lei de estabilidade inclúe as entidades locais, declarando a obrigatoriedade de adecua-los seus orzamentos ó obxectivo de estabilidade orzamentaria que lles sexa fixado polo Goberno para cada exercicio, sen prexuízo das competencias que, nas respectivas materias teñan recoñecidas as CCAA a que pertencen as entidades locais.

A disposición final quinta establece a súa entrada en vigor a partir do 1 de xaneiro de 2002. A eficacia da lei comezará co establecemento polo Goberno do obxectivo de estabilidade orzamentaria no primeiro cuadrimestre de 2002 referido ós tres exercicios seguintes, cuns obxectivos parciais que deberán ser asumidos polos distintos suxeitos obrigados ó formula-los seus orzamentos do ano 2003.

O segundo proxecto de lei contén unha norma con carácter de lei orgánica, que é explicitamente complementaria da Lei xeral de estabilidade orzamentaria e establece os mecanismos xurídicos de cooperación entre a Facenda estatal e as comunidades autónomas.

A lei limita o seu ámbito obxectivo ás CCAA e ós entes dependentes delas e establece como principios xerais os de estabilidade orzamentaria, plurianualidade, transparencia e eficiencia na asignación e utilización de recursos públicos que serán aplicables ás CCAA.

O esquema normativo esencial do proxecto segue as mesmas liñas directrices do proxecto de Lei xeral de estabilidade orzamentaria: cumprimento do principio de estabilidade orzamentaria, obxectivo de estabilidade, responsabilidade derivada do incumprimento, corrección das situacións de desequilibrio, réxime dos entes empresariais, subministración de información e central de información, e autorización de operacións de crédito e emisión de débeda.

O proxecto incorpora unha disposición adicional coa modificación dos artigos 2, 3, 14 e 21 da LOFCA.

Como consideración final poderíase engadir que ámbalas leis, a Lei xeral de estabilidade orzamentaria e a orgánica que a complementa, cando entren en vigor, serán de aplicación a tódalas comunidades autónomas, incluídas as de Navarra e o País Vasco.

Pola tarde interveu o director xeral de Orzamentos da Consellería de Economía e Facenda da Xunta de Galicia, Juan José Novoa Montero, quen falou da evolución dos orzamentos da Comunidade Autónoma de Galicia, con especial referencia ós orzamentos xerais de 2001.

Empezou o relator facendo unha referencia á evolución dos orzamentos de Galicia, dicindo que, en virtude dos problemas da CCAA en 1990, o primeiro obxectivo que se presentou consistiu en darlle un impulso definitivo ó seu nivel competencial dentro do marco do Estatuto de autonomía, e coa seguridade de que só así se podería desenvolver unha política integral coherente que lles dese resposta ás necesidades da nosa CCAA. As competencias que polo volume dos recursos obtivo a CCAA pódense resumir naquelas que teñen a materia de emprego, por senllos decretos do ano 1993 e 1997 nos que se traspasou a xestión realizada polo INEM no ámbito do traballo, emprego e formación, e tamén en materia de formación profesional ocupacional. En materia de xustiza, a transferencia máis importante tivo lugar no 94, cando se traspasou a provisión de medios materiais e económicos para a Administración de Xustiza, e no 96 traspasáronse as funcións e servicios en materia de medios persoais. A maior en recursos foi a do INSALUD por Real decreto 1697/90 e que tivo efectividade a partir do primeiro de xaneiro de 1991. En educación, por tres reais decretos do ano 1999. Estas competencias asumidas pola CCAA deron lugar ó incremento na xestión dos servicios de carácter esencial e sentaron as bases que nos permitiron avanzar na corrección dos desequilibrios básicos da nosa comunidade.

A continuación explicou o desenvolvemento cuantitativo dos orzamentos desde un punto de vista económico, sen facer referencia ás magnitudes macroeconómicas.

Fixo despois referencia ós orzamentos de 2001⁶, e enfocounos desde dous prismas distintos: o dos ingresos e o das medidas legais contidas na Lei de orzamentos que posibilitan unha execución transparente e eficaz acorde coas políticas de restricción do gasto burocrático.

Respecto dos ingresos⁷, indicou que ascenden a 1.124.526.155.000 pesetas. A esta mesma cifra ascende o orzamento de gastos. A taxa de crecemento respecto do ano anterior é de 8,13%. É preciso indicar que o bo comportamento dos ingresos débese fundamentalmente ó modelo

⁶ Lei 4/2000, do 27 de decembro, de Orzamentos xerais da CCAA de Galicia para o ano 2001.

⁷ Vid. artigos 1 a 3 da Lei 4/2000, do 27 de decembro.

de financiamento e ás excelentes condicións financeiras derivadas da aplicación do marco de apoio comunitario. O total de ingresos por operacións correntes elévase a 970.900 millóns de pesetas, fronte ós 898.500 millóns do ano 2000. A contía dos ingresos non financeiros, incluíndo os capítulos I a VII, elévase a 1.076.182.710.000 pesetas.

Neste punto dos ingresos é necesario distinguir entre os ingresos tributarios, como parte integrante dos ingresos correntes, non obtidos a través de transferencias doutras administracións, o que se chama «ingresos propios», que coa suma do capítulo IV e V totalizan os ingresos incondicionados e os ingresos procedentes dos fondos europeos, que, a excepción do Fondo Social Europeo, sitúanse todos como ingresos de capital.

Os ingresos tributarios divídense en tres capítulos e inclúen tributos propios, cedidos e taxas, prezos e outros ingresos. A previsión de ingresos desta natureza incrementouse respecto do ano anterior nun 7,65%, pois a cantidade para o 2001 elévase a 136.400 millóns de pesetas. A previsión para o capítulo de impostos directos é de 74.400 millóns de pesetas. Dentro deste capítulo a previsión de ingresos polo tramo autonómico do Imposto sobre a renda das persoas físicas experimenta unha variación en alza ó situarse en 53.900 millóns de pesetas. As boas previsións macroeconómicas para o vixente exercicio posibilitarán o incremento da recadación deste tributo a pesar das rebaixas nas retencións do IRPF e da redución da fiscalidade. O Imposto sobre sucesións e doazóns sitúase en 14.100 millóns de pesetas, cunha suba respecto do ano pasado do 5,38%. De igual modo, o Imposto sobre o patrimonio das persoas físicas segue a evolucionar positivamente. O capítulo II de impostos indirectos, prevé un incremento de ingresos do 10,33% con respecto ás previsións do ano anterior, e está cifrado en 40.870 millóns de pesetas. A partida principal deste capítulo correspóndelle ó Imposto de transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados. A tributación autonómica sobre o xogo tamén ascende e o Imposto sobre a contaminación atmosférica é o único que experimenta un descenso da orde de 150 millóns de pesetas, como consecuencia da diminución das actividades contaminantes das empresas con emisións nocivas. Por último, os ingresos previstos para o capítulo III que inclúe taxas, prezos e outros ingresos, só crece un 0,5% respecto ó exercicio anterior.

Polo que respecta ós fondos europeos, a nosa comunidade recibe no ano 2001 un total de 83.042 millóns de pesetas procedentes da UE. Esta cifra moi superior á do ano pasado, obedece á favorable negociación para Galicia do marco de apoio comunitario 2000–2006. Tódolos fondos procedentes da UE experimentan unha notable suba. O máis voluminoso é o FEOGA, despois está o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER). Debemos mencionar tamén o Fondo de Compensa-

ción Interterritorial (FCI), aunque non se trata dun fondo europeo, pois procede da Administración do Estado. O FCI ten un descenso do 6,1% respecto do ano anterior, que se debe a que se trata dun fondo de solidariedade que se reduce á medida que a nosa economía aumenta a súa converxencia coa española e a europea.

Respecto das disposicións normativas, ó longo destes últimos anos incluíronselles certas restriccións ás modificacións, o cal converte en máis ríxido o orzamento, impedindo a libre disposición entre conceptos. Así, por un lado, contéñense un grande número de conceptos e subconceptos vinculantes cun grao de desagregación co que figuraban nos orzamentos iniciais. Estes conceptos, a excepción do 130.02 ó plus de perigosidade, penosidade e toxicidade, correspóndenlles basicamente ó capítulo II e máis en concreto ó concepto 226 de gastos diversos.

Con vixencia para o ano 2001 está prohibido realizar transferencias de crédito que incrementen as autorizadas inicialmente nalgunhas aplicacións orzamentarias, como a que lles corresponde á 226.02 publicidade e propaganda e á 227.06 estudio e traballos técnicos. Tampouco se poderán tramitar expedientes de transferencias de crédito que afecten os capítulos VI e VII cando diso se derive o incremento do gasto corrente, coa única excepción de educación, sanidade e familia, en atención á potenciación dos gastos sociais.

Por último, como medida global, que pon de manifesto a política de contención do gasto, cabe sinala-lo artigo que se refire á adecuación de créditos, polo cal, e para facilita-la consecución do equilibrio económico financeiro na execución do orzamento, os créditos incluídos nos estados de gasto experimentarán os axustes necesarios para acomodár-lle-lo seu importe ós recursos na medida en que estes últimos difiran dos inicialmente previstos no orzamento de ingresos. Este artigo tradúcese na imposibilidade de lle incorporar créditos a un exercicio financiado no anterior con fondos propios, ou, de autorizarse, obriga a reter créditos por igual contía no exercicio no que se incorpora.

Desde o punto de vista persoal, pódese afirmar que as grandes liñas orzamentarias consistiron en:

- a potenciación dos gastos en investimentos, con redución do déficit público.
- potenciación do aforro á custa de serias restriccións nos gastos correntes con garantía do mantemento dos gastos sociais.

No ano 2001 continuarán con esta firme decisión de política orzamentaria, aunque, como dixo o relator, atoparémonos con serios problemas na súa execución. Neste ano presentáronse na nosa comunidade unhas adversidades ás que necesariamente hai que lles facer fronte, como son as encefalopatías esponxiformes bovinas e os danos ocasiona-

dos como consecuencia dos temporais de decembro e xaneiro. Isto vai supo-la implantación de plans de actuación de carácter inmediato que terán que asumirse desde o orzamento da comunidade. Atopáronos con que estes gastos que se derivan destes problemas non estaban previstos inicialmente e haberá que busca-los recursos necesarios, e serán importantes as xestións que poida realiza-la Administración do Estado e a UE para conseguir financiamento, xa que é un problema común.

Como remate da súa intervención dixo que este ano vai ser un ano complicado desde o punto de vista orzamentario, se pretendemos cumprir-los obxectivos propostos inicialmente en canto ó que se refire á eliminación do déficit, presenta-las contas en equilibrio e potencia-los investimentos.

O derradeiro relatorio estivo a cargo de José María Traveso Pardo, subdirector xeral de Análise Económica-Financeira da Consellería de Economía e Facenda da Xunta de Galicia, co relatorio sobre «As leis de acompañamento dos Orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia. A Lei 5/2000, de medidas fiscais e de réxime orzamentario e administrativo».

As chamadas leis de acompañamento dos orzamentos xerais son de aparición moi recente no noso ordenamento xurídico. A primeira delas aparece xunto á Lei de Orzamentos xerais do Estado do ano 1994, e aínda máis próxima é a súa presenza nesta comunidade, que aprobou en 1998 a que serviría de complemento da Lei de orzamentos dese exercicio.

Detrás das leis de acompañamento do Estado podería advertirse a pretensión de subtraer do ámbito das leis anuais de orzamentos aquelas materias nas que se advertía o risco de que se situasen fóra do marco establecido para este tipo de leis na Constitución. Nese contexto é onde aparecen as leis de acompañamento ós orzamentos do Estado, que na súa idea orixinal parecen responder ó criterio de recoller aquelas materias que polas restriccións derivadas da súa natureza fiscal, ou pola súa conexión máis atenuada ou menos evidente, que excedía do carácter esencialmente anual das leis de orzamentos, poderían considerarse susceptibles de seren incluídas nunha norma de carácter ordinario. Trasládandonos ó ámbito das comunidades autónomas, os problemas eran moi parecidos.

A primeira Lei de acompañamento dos Orzamentos xerais de Galicia data do ano 1998 e respondía ó enunciado «Lei de medidas tributarias, de réxime orzamentario, función pública, organización e xestión», tiña dezanove artigos, cinco disposicións adicionais, e unha disposición transitoria. Destacaban pola súa novidade no ordenamento xurídico galego os artigos que recollían o exercicio de competencias normativas da Comunidade Autónoma en materia de tributos cedidos, entre outras cues-

tións. A do ano 1999 tivo unha extensión aínda menor e dedicábase novamente á regulación de aspectos tributarios e orzamentarios. Cun contido similar fíxose a de 2000.

A Lei 5/2000, do 28 de decembro, de medidas fiscais e de réxime orzamentario e administrativo ten unha compoñente de natureza fiscal e orzamentaria, aínda que o seu contido non se esgota unicamente neses aspectos. Está estruturada en sete artigos, distribuídos en dous títulos dedicados a normas tributarias e de réxime orzamentario, oito disposicións adicionais e dúas disposicións derradeiras.

O título I está dedicado ás normas tributarias. Seguindo as anteriores leis de acompañamento, e formando parte da política de incentivación da natalidade, apróbanse diversas deducións de carácter familiar sobre a cota autonómica do IRPF, imposto no que o Estado ten cedido ata agora o 15% do seu rendemento na Comunidade Autónoma.

O título II está dedicado ás normas de réxime orzamentario, consistentes en modificacións do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

Nas disposicións adicionais da lei aparecen incluídas as normas de maior alcance e repercusión sobre os obxectivos xerais de política económica que se presentan a través dos orzamentos.

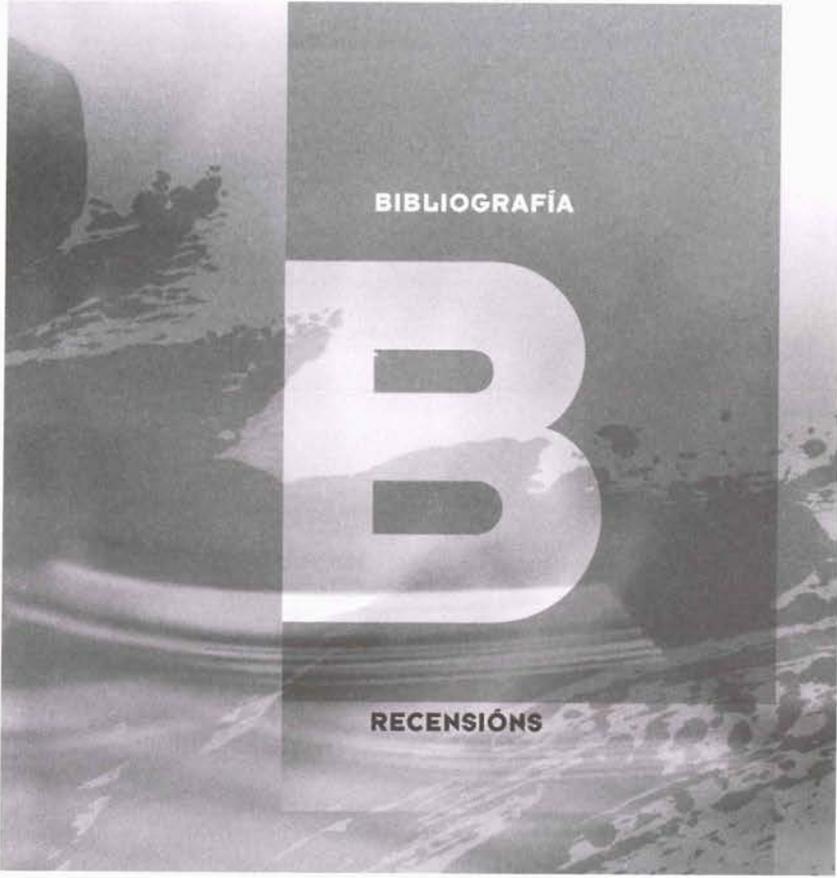
Para rematar, o relator dixo que as leis de acompañamento son leis ordinarias, vinculadas a unhas leis de carácter especial, como son as leis de orzamentos, por unha relación de complementariedade que constitúe a súa razón de ser e o seu principal elemento definitorio. A súa tramitación realizouse sempre polo procedemento de urxencia, que discorreu en paralelo ó trámite parlamentario da Lei de orzamentos, coa que compartiron finalmente a data de entrada en vigor.

Este tipo de leis foron o vehículo elixido para o exercicio das competencias normativas da Comunidade Autónoma en materia de tributos cedidos. A través delas establecéronse deducións sobre a cota autonómica do IRPF, por nacemento ou adopción de fillos e por familias numerosas, e levouse a cabo a determinación de tipo impositivo sobre transmisións de inmobles, no Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, así como a modificación de tarifas na taxa sobre o xogo. Tamén foron utilizadas para a modificación do ordenamento xurídico preexistente de natureza non tributaria. En concreto, foi modificada a Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia e o seu texto refundido. Por medio delas efectuouse a creación de dous novos entes públicos: o Centro Informático para a Xestión Tributaria, Económico-Financeira e Contable, e a Axencia Galega de Desenvolvemento Rural.

En contraposición ó carácter basicamente anual das disposicións incluídas nas leis de orzamentos, as recollidas nas leis de acompañamento

tiveron, salvo contadas excepcións, a vixencia permanente que lles corresponde ás leis ordinarias. Vixencia que resulta moito máis adecuada para a consecución dos obxectivos que deberán estenderse máis aló do ámbito temporal dun único exercicio orzamentario.

A clausura desta xornada correspondeulle ó xefe de estudos da EGAP, Manuel Cano, quen agradeceu a presenza do público asistente e tamén a intervención de tan prestixiosos relatores. **G**



BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

Legislación urbanística, de edificación y vivienda de Galicia

Tomás Quintana López
Luis Ángel Ballesteros Moffa

Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

A presente recensión ten por obxecto dar a coñece-la recente obra publicada polos profesores D. Tomás Quintana López, catedrático de dereito administrativo da Universidade de León e D. Luis Ángel Ballesteros Moffa, profesor axudante de dereito administrativo da mesma universidade. Baixo o título «*Legislación urbanística, de edificación y vivienda de Galicia*» recóllese unha das primeiras obras con vocación de complitude que existen sobre tan importante materia no eido autonómico galego.

De entrada sorprende que a iniciativa xurdise fóra das fronteiras territoriais autonómicas e da man duns profesores que, cando menos, non se ven impelidos a manexar estes textos legais de forma habitual e continuada. Sen embargo, as dúbidas despéxanse unha vez nos decatamos de que estamos ante recoñecidos especialistas na materia, como así o testemuña a súa profusa produción científica neste ámbito. Evidentemente, isto redunde de forma notable na boa calidade da obra. Os seus creadores móvense nos xustos termos de quen coñece a materia e sabe dos seus problemas e subterfuxios.

A obra, tal como indica o seu título, é unha compilación de normas urbanísticas presidida polos lemas da claridade, a sistemática e a actualidade. A súa eminente vocación práctica arrédaa dos circuítos dogmáticos para entrar de cheo no mundo da praxe xurídica. É unha obra sen pretensións eruditas que, polo

mesmo, resulta manexable, informativa e imprescindible para os estudiosos e profesionais do dereito urbanístico galego.

Cumpre con satisfacción os cometidos de todo traballo compilador: dá conta exhaustiva e pormenorizada de tódalas cuestións relevantes sobre a materia; ofrece un contido actualizado e completo das normas urbanísticas galegas; e completa a lectura dos textos lexislativos coas correspondentes notas e concordancias. Respecto disto último hai que sinalar que os autores non se limitan a relaciona-los diversos preceptos lexislativos senón que buscan guía-lo usuario con explicacións e aclaracións na interpretación e entendemento dos diversos artigos legais. Por iso, no traballo non encontraremos nin máis nin menos anotacións cás necesarias para conduci-lo destinatario –xa sexa estudante ou profesional–, cara á clarificación e formación que require a súa tarefa.

Fiel a este desiderátum, a obra divídese en dous grandes apartados temáticos, un dedicado á lexislación de ordenación do territorio e urbanística e outro á lexislación de edificación e vivenda. O primeiro subdivídese á vez en tres bloques normativos de acordo co sistema de fontes: a normativa estatal de carácter pleno e básico, a normativa autonómica e a normativa estatal supletoria.

Dentro da lexislación estatal plena e básica recóllense non só as consabidas normas administrativas de aplicación en todo o territorio –Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións e o texto refundido da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana aprobado por RD lexislativo 1/1992, do 26 de xuño– senón tamén as normas xurídico-privadas que gardan estreita relación coa acción urbanística. En concreto, transcríbese o Real decreto 1093/1997, do 4 de xullo polo que se aproban as normas complementarias ó Regulamento para a execución da Lei hipotecaria sobre inscrición no Rexistro da propiedade de actos de natureza urbanística que, como é sabido, pretende coordina-la acción rexistral e a urbanística dándolle entrada nos libros rexistrals a unha gran cantidade de información urbanística que doutro modo non aparecía prevista.

No apartado dedicado á lexislación estatal supletoria intégranse diversas normas estatais en materia urbanística que segundo a STC 61/1997, do 20 de marzo deben considerarse como dereito supletorio da normativa autonómica. Como é ben sabido, esta polémica sentenza declarou a inconstitucionalidade da disposición derogatoria, apartado primeiro do TRLS 1992 pola que se derogaba o TRLS 1976 amparándose en que o artigo 149.3 CE non constitúe título de atribución competencial. Consecuentemente, o Estado non está lexitimado positivamente para dictar normativa en materia urbanística nin negativamente para derroga-lo seu dereito histórico –a normativa anterior á constitución das comunidades autónomas– por resultar igualmente indispoñible. Por outra parte a Lei 1/1997, do 24 de marzo, sobre normas reguladoras do solo de Galicia constitúe, como afirma a súa exposición de motivos, un «bloque normativo completo» ou un texto legal polo que se regula de xeito integral a actividade urbanística de Galicia, a salvo, claro está, da lexislación plena e básica derivada de títulos competenciais do Estado con incidencia na materia. Sen embargo, como indi-

can os autores, «a virtualidade que como lexislación estatal supletoria ten recoñecido o TRLS 1976, ó amparo da cláusula do artigo 149.3 *in fine* da CE –na interpretación dada pola xurisprudencia constitucional, e en particular polo STC 61/1997, do 20 de marzo–, leva a xustificala conveniencia dunha consideración deste coma unha peza máis do sistema regulador».

Xunto ó TRLS 1976 dáse cita un bo número de lexislación estatal preautonómica que segue a mesma sorte ca aquel, actuando como lexislación supletoria en todo o que non sexa incompatible co corpo legal dictado pola Comunidade Autónoma en materia de urbanismo e ordenación do territorio. Destacan, os regulamentos de planeamento de 1978, o de xestión urbanística de 1978 e o de reparcelamento de 1966.

No que concirne ó bloque dedicado á lexislación territorial galega en materia de ordenación do territorio e urbanismo pode dicirse que este corpo legal se reflicte de forma esgotadora e pormenorizada na obra. Podemos distinguir varios grupos temáticos: a) regulamentación xeral; b) regulamentación específica; c) relacións interadministrativas; e d) regulamentación institucional.

Dentro dos dous primeiros apartados intégranse as leis cabeceira na materia, a saber, a Lei 10/1995, do 23 de novembro, de ordenación do territorio, a Lei 1/1997, do 24 de marzo, sobre normas reguladoras do solo de Galicia e a Lei 8/1997 do 20 de agosto, de accesibilidade e supresión de barreiras. Xunto a estas, o recente Decreto 80/2000, polo que se regulamentan os plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal e que, por mor da manifesta inxerencia e vulneración da autonomía local que tal regulación supón, quedou practicamente sen aplicación no territorio galego. E o tan importante Regulamento de disciplina urbanística aprobado por Decreto 28/1999, que desenvolve o título VI da Lei 1/1997 e despraza, en consecuencia, a normativa estatal nesta materia.

En canto ás relacións interadministrativas, recóllese a famosa e pioneira Lei 7/1995, do 29 de xuño, de delegación e distribución de competencias en materia de urbanismo. Na súa virtude, envíanse o exercicio das competencias autonómicas de aprobación definitiva do planeamento municipal e a autorización de vivendas unifamiliares no medio rural á Administración municipal, mantendo a Comunidade Autónoma as facultades de supervisión e coordinación materializadas na emisión de informes previos, preceptivos e vinculantes.

Finalmente, a vertente institucional do urbanismo abórdase a través da Lei 3/1988, do 27 de abril, de creación do Instituto Galego da Vivenda e Solo e os seus correspondentes regulamentos de desenvolvemento e o Decreto 119/1998, do 16 de abril, sobre composición e funcionamento da Comisión Superior de Urbanismo de Galicia.

A obra péchase cun segundo bloque temático dedicado, como se dixo, á lexislación de edificación e vivenda. Á súa cabeza figuran a Lei estatal 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación, dictada ó amparo das competencias que o Estado posúe sobre lexislación civil e mercantil, sanidade, tele-

comunicacións, protección do medio natural, títulos académicos e profesionais e ordenación dos seguros, entre outros.

Tras ela recóllese o corpo legal autonómico dictado en relación coa materia. Cómpre destacármola Lei 5/1989, do 24 de abril, de medidas para a erradicación do chabolismo no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, a Lei 13/1996, do 30 de decembro, de infraccións en materia de vivenda e o paquete de medidas de fomento que desde o ano 1992 vén dictando o executivo autonómico galego para promociona-la construción, rehabilitación e adecuación da vivenda galega.

En definitiva, o esmiuzamento dos contidos da obra demostra o dito no inicio deste traballo. A súa factura móvese nas xustas marxes do saber xurídico e o quefacer profesional. Nin sobra nin falta nada. Todo está tratado co celo e rigor propios do estudioso e o pragmatismo e a orde do profesional. 

M^a. Teresa Carballeira Rivera

*Profesora titular de dereito administrativo
Universidade de Santiago de Compostela*

El recurso administrativo extraordinario de revisión

Ernesto García-Trevijano Garnica

Civitas Ediciones S.A., 2ª edición, 2001

O autor aborda dunha maneira completa as distintas cuestións, derivadas algunhas delas das modificacións introducidas pola Lei 4/1999, que se suscitan, na teoría e na práctica, arredor deste recurso extraordinario de revisión, que cada vez é máis utilizado.

O recurso de revisión é un recurso extraordinario e excepcional. O seu carácter extraordinario implica que só poderá interpoñerse ó abeiro das circunstancias taxativamente establecidas no artigo 118.1 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común¹. O seu carácter excepcional significa que debe ser obxecto dunha interpretación estricta que exclúa calquera aplicación expansiva. Trátase de evita-la súa desnaturalización converténdoo nun recurso ordinario no que se poida examinar calquera motivo no que o interesado apoie a súa pretensión.

Un dos ámbitos nos que se suscita a problemática relativa á recualificación pola Administración dos escritos dos interesados é na revisión de actos firmes. Así, o primeiro ó que está obrigada a Administración é a cualificar correctamente o escrito, atendendo ó seu contido e á pretensión real do interesado. A cuestión enlaza co alcance que se lle deba dar ó artigo 110.2 da LAP «o erro na cualificación do recurso por parte do recorrente non será obstáculo para a súa tra-

¹ En adiante LAP.

mitación, sempre que se deduza o seu verdadeiro carácter». A viabilidade xurídica de poder recualificar pola Administración escritos presentados polos interesados atopa a súa xustificación no marcado carácter antiformalista que rexe o procedemento administrativo.

Admitida a interpretación ampla do artigo 110.2 da LAP, a súa utilización pola Administración debe ter presente como finalidade a de beneficia-lo administrado, e resolve-os posibles erros por el cometidos na cualificación do seu escrito. Anque existen determinados límites á súa utilización pola Administración:

- Non cabe emendar por esta vía notificacións erróneas, especialmente naqueles casos nos que se situaría o interesado nunha posición xurídica diminuída.
- A inviabilidade de utiliza-lo artigo 110.2 contra a vontade expresamente manifestada polo interesado.

A realidade demostra que en ocasións se produce un exceso de celo na notificación dos actos administrativos, ofrecéndose no pé da notificación a posibilidade de interpoñer-lo recurso extraordinario de revisión. Dispón o artigo 58.2 da LPA que «toda notificación deberá conte-lo..., a expresión dos recursos que procedan, ...». Esta expresión hai que conectala cos recursos extraordinarios ou incluso especiais, pero non co recurso extraordinario de revisión. Xa que ante o ofrecemento expreso do recurso de revisión, o interesado poderá facer uso deste, sen se decatarse de que iso lle implicará o abandono das vías ordinarias de impugnación.

Dispón o artigo 118 da LAP que o acto susceptible de ser obxecto de recurso de revisión ha de ser firme na vía administrativa. Mais, segundo a interpretación deste artigo, serán susceptibles de seren obxecto de recurso de revisión os actos administrativos firmes en sentido estrito e aqueles outros que aínda foran impugnados ante a vía contencioso-administrativa. Xorde un interrogante: ¿o acto susceptible aínda de ser obxecto de recurso de reposición pode ser obxecto de impugnación a través do recurso extraordinario de revisión? O certo é que os actos que lle poñen fin á vía administrativa en principio aínda son susceptibles de seren impugnados potestativamente en reposición, o que demostra que tales actos poden ser obxecto de recurso en vía administrativa.

Por outra banda, o recurso de revisión interpoñerase contra un acto de grave ameaza ou contra un acto de dobre efecto (favorable para uns e desfavorable para outros). Así, cando se impugne a través do recurso de revisión un acto de grave ameaza unicamente poderá admitirse o recurso se concorren algún dos motivos do artigo 118.1. A peculiaridade nestes casos é que, unha vez non admitido o recurso de revisión, poderá sen embargo, ser utilizado pola Administración a vía do artigo 105.1 para deixar sen efecto o acto, pero sempre que se detectara a ilegalidade deste acto.

Foi obxecto de crítica pola doutrina a superposición que se produce entre os motivos que permiten a interposición do recurso de revisión e as causas de nu-

lidade radical recollidas no artigo 62.1 da LAP, xa que estas últimas permiten a utilización da denominada acción de nulidade ó abeiro do artigo 102.1 do mesmo texto legal. Arguméntase así a inutilidade do recurso de revisión ó existir xa a posibilidade de que o interesado poida exercer-la acción de nulidade. Sen embargo, existen razóns para mante-la existencia do recurso de revisión, xa que a superposición é só parcial, como tan ben explica o autor no seu libro.

Se se admite que o recurso de revisión cabe contra actos aínda susceptibles de seren impugnados mediante o recurso contencioso-administrativo, xorde a cuestión de se é ou non compatible seguir paralelamente a tramitación de ámbolos recursos contra un mesmo acto. Esta situación poderá presentarse dalgunha das formas seguintes:

- Interponse o recurso contencioso-administrativo contra o acto e posteriormente impúgnase o mesmo acto a través do recurso administrativo de revisión.

- Dentro do prazo para interpoñe-lo recurso contencioso-administrativo e de maneira previa a este, preséntase o recurso de revisión contra o mesmo acto.

En calquera das dúas modalidades a solución será a mesma, pero deberá terse en conta se xa hai sentenza na vía contenciosa e se é firme. Hai que distinguir diversas hipóteses:

a) Se aínda non se dictou sentenza, nada impide que poida manterse paralelamente a tramitación de ámbolos dous recursos contra un mesmo acto que está a ser coñecido na vía contencioso-administrativa.

b) Se xa recaeu sentenza no contencioso-administrativo e é firme, esta situación pode producirse con anterioridade á interposición do recurso de revisión ou durante a súa tramitación. No primeiro caso, se xa se dictou sentenza firme na que se rexeita a ilegalidade do acto, o interesado non poderá altera-lo contido desta sentenza a través da interposición dun recurso de revisión. O principio de *cosa xulgada* impide que a través desta vía se altere o pronunciamento da sentenza. No segundo caso, se a sentenza xudicial se dicta cando o recurso se atopa en tramitación, a solución é a mesma.

c) No caso de que se dictara sentenza, pero estea impugnada (non é firme), non poderá resolverse o recurso de revisión cando a sentenza abordou a cuestión suscitada nos mesmos termos que se presentan no recurso de revisión. Mais si haberá de resolverse cando se fundamentara en circunstancias distintas ás sometidas no proceso xudicial que deu lugar á sentenza.

O acto administrativo polo que se resolva o recurso de revisión será impugnable ante a xurisdicción contencioso-administrativa.

No artigo 118.1 aclárouse definitivamente que o órgano que dictou o acto impugnado en revisión é competente para a resolución do recurso. Sen embargo, trala Lei 4/1999 segue vixente o problema relativo a dilucidar cál é o órgano competente que os dictou, naqueles casos nos que o acto é recorrido previa-

mente enalzada, de forma que o recurso de revisión se presenta unha vez fose non admitido este último. Nestes casos, este artigo debe interpretarse no sentido de que o órgano competente é o superior xerárquico do que dictou o acto polo que se rexeita o recurso de alzada. Así será competente para resolvelo o recurso de revisión o órgano que dictou o acto cando non tivese superior xerárquico, ou cando, aínda téndoo, non se interpuxera recurso de alzada.

En canto ó contido da resolución pola que se resolve un recurso de revisión, pódense da-las seguintes situacións:

1. Que o recurso non se admita, o que implicará non entrar no exame da procedencia ou non do recurso e tampouco no fondo da cuestión. A resolución de non admisión debe estar motivada, polo que debe apoiarse nalgún dos motivos do artigo 119.1

2. Que se admita a trámite e se analice se concorre algunha das circunstancias previstas no artigo 118.1, admitíndoo ou rexeitándoo, pero sen entrar no fondo da cuestión resolta polo acto obxecto de recurso en revisión.

3. Que se admita e se entre no fondo da referida cuestión resolta polo acto impugnado.

Por outra banda, o interesado pode fundamentalo seu recurso en máis dun dos motivos do artigo 118.1. E, tendo en conta o principio antiformalista que rexe o procedemento administrativo, impide rexeitar sen máis un recurso de revisión pola simple razón de que non se citara expresamente ningunha das circunstancias deste. Así, cando o recorrente non cita no seu recurso ningún motivo pero dedúcese a súa pretensión do propio escrito, a Administración deberá valoralo. Asemade, con fundamento no principio antiformalista, cabe examinalo recurso por causa distinta da que se invocou como fundamento deste.

Pasou de seguido o autor a facer unha análise polo miúdo das circunstancias nas que pode basearse o recurso extraordinario de revisión recollidas no artigo 118.1:

1. Contra aqueles actos administrativos nos que ó dictalos se incorrera en erro de feito, que resulte dos propios documentos incorporados ó expediente.

2. Que aparezan documentos de valor esencial para a resolución do asunto que, anque sexan posteriores, evidencien o erro da resolución impugnada.

3. Que na resolución influíran esencialmente documentos ou testemuños declarados falsos por sentenza xudicial firme, anterior ou posterior a aquela resolución.

4. Que a resolución se dictara como consecuencia de prevaricación, suborno, violencia, maquinación fraudulenta ou outra conducta punible e así se declarara en virtude de sentenza xudicial firme.

Sinala o parágrafo segundo do mesmo artigo que «o recurso extraordinario de revisión interpoñerese, cando se trate da causa primeira, dentro do prazo de catro anos seguintes á data de notificación da resolución impugnada. Nos demais

casos, o prazo será de tres meses a contar desde o coñecemento dos documentos ou desde que a sentenza xudicial quedou firme». Estes prazos son de caducidade.

En canto á figura do silencio administrativo no ámbito dos recursos de revisión pódese abordar desde unha dobre perspectiva:

1. Falta de contestación expresa ó recurso de revisión. Transcorrido o prazo de tres meses desde a interposición do recurso extraordinario de revisión sen que recaia resolución, entenderase non admitido, e quedará expedita a vía xurisdiccional contencioso-administrativa.

2. ¿Pode interpoñerse recurso de revisión contra un acto presunto producido por silencio administrativo? A solución que mellor se corresponde coa propia natureza do silencio negativo sería a de excluí-la posibilidade de interpoñer recursos de revisión contra actos presuntos por silencio negativo, xa que estes non poden ser cualificados de actos firmes e, porque o interesado goza de mecanismos alternativos máis eficaces có recurso de revisión, a través dos cales pode reconsidera-la cuestión debatida, sen as limitacións intrínsecas deste recurso. 

María del Carmen Silva López

Avogada

Procedimiento administrativo común: solicitud y subsanación

Joaquín Meseguer Yebra

Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2001

Esta obra pertence a unha *Serie Administrativa* que tenta analizar, desde un punto de vista práctico, tódolos aspectos peculiares na tramitación dos diferentes procedementos administrativos. Pretende, deste xeito, facilita-lo exercicio profesional ó conter comentarios, lexislación, xurisprudencia, bibliografía, táboas normativas e, incluso, formularios.

Neste libro, o autor analiza a fase inicial de todo procedemento administrativo e, en concreto, daqueles nas que a instancia está reservada á solicitude do interesado e que se axustan a un principio *rogatorio*.

Así, o autor dálle relevancia á solicitude posto que esta é a que fixa e acouta o obxecto do procedemento, ó esixirse que a resolución do procedemento decida tódalas cuestións formuladas polos interesados e aqueloutras derivadas deste¹. Ó mesmo tempo, impónselle ó órgano competente a impulsión do procedemento de oficio², interrompe os prazos de prescrición que estiveran transcorrendo e determina a obriga de dictar resolución expresa³.

A solicitude maniféstase como o presuposto necesario da actividade administrativa nos procedementos iniciados a instancia de parte, así como nos recursos administrativos, reclamacións patrimoniais ou económico-administrativas.

¹ Artigo 89.1 LRXAP-PAC.

² Artigo 74.1 LRXAP-PAC.

³ Artigo 42.1 LRXAP-PAC.

O artigo 70.1 LRXAP-PAC determina que as solicitudes que se formulen nos procedementos administrativos deberán conter:

- Nome e apelidos do interesado e, se é o caso, da persoa que o represente, así como a identificación do medio preferente ou do lugar que se sinala para os efectos de notificacións.

- Feitos, razóns e petición en que se concrete, con toda claridade, a solicitude.

- Lugar e data.

- Sinatura do solicitante ou acreditación da autenticidade da súa vontade expresada por calquera medio.

- Órgano, centro ou unidade administrativa á que se dirixe.

A forma habitual da solicitude que se empregará nos procedementos administrativos será a escrita, aínda que moitos autores non obxectan nada ó feito de que esta se formule de xeito verbal sempre que quede debidamente documentada.

A exposición de motivos da lei defende a potencial utilización de medios telemáticos e, incluso audiovisuais, para facilita-la formulación das solicitudes dos interesados, sempre que quede acreditada a autenticidade da súa vontade⁴.

Por outra banda, os artigos 3.1.b) do RD 772/1999 e 7.2.c) do RD 263/1996, do 16 de febreiro, polo que se regula a utilización de técnicas electrónicas, informáticas e telemáticas pola Administración xeral do Estado, concretan que as comunicacións e notificacións dirixidas a particulares efectuadas en soportes, medios e aplicacións informáticas, electrónicas e telemáticas serán válidas sempre que os interesados sinalaran o soporte, medio ou aplicación como preferente para as súas comunicacións coa Administración xeral do Estado en calquera momento da iniciación ou tramitación do procedemento ou do desenvolvemento da actuación administrativa.

En canto á lingua que se debe utilizar nas solicitudes de inicio dos procedementos será o castelán cando sexan tramitados pola Administración xeral do Estado. Non obstante, os interesados que se dirixan ós órganos da Administración xeral do Estado con sede no territorio dunha comunidade autónoma poderán utilizar tamén a lingua que sexa cooficial nela. Neste caso o procedemento será tramitado na lingua elixida polo interesado. Se no mesmo procedemento concorreran varios interesados e existira discrepancia entre eles con respecto á lingua, o procedemento tramitarase en castelán, se ben os documentos ou testemuños que requiran os interesados expediranse na lingua elixida por estes. Nos procedementos tramitados polas administracións das comunidades autónomas e das entidades locais, o uso da lingua axustarase ó previsto na lexislación autonómica correspondente.

⁴ Artigo 45.2 LRXAP-PAC.

O artigo 35.1.d) LRXAP-PAC recoñece o dereito dos cidadáns a utiliza-las linguas oficiais no territorio da súa comunidade autónoma, de acordo co previsto na lei e no resto do ordenamento xurídico. Nos modelos normalizados nos que se utilice o castelán e a correspondente lingua cooficial, as instrucións e a información estarán redactadas en ámbalas dúas linguas.

As solicitudes, escritos e comunicacións que os cidadáns dirixan ós órganos das administracións públicas poderán presentarse:

1. Nos rexistros dos órganos administrativos a que se dirixan.
2. Nos rexistros de calquera órgano administrativo, que pertenza á Administración xeral do Estado, a calquera administración das comunidades autónomas, ou a algunha das entidades que integran a Administración local se, neste último caso, se subscribira o oportuno convenio.
3. Nas oficinas de Correos, na forma que regulamentariamente se estableza.
4. Nas representacións diplomáticas ou oficinas consulares de España no estranxeiro.
5. En calquera outro que establezan as disposicións vixentes.

A xurisprudencia recoñeceu, excepcionalmente, os mesmos efectos cando os escritos se presentan nunha notaría (ó non existir unha oficina de correos aberta na localidade), nos xulgados de garda ou en centros penitenciarios, cando o interesado fora recluso.

Por medio de convenios de colaboración subscritos entre as administracións públicas estableceranse sistemas de intercomunicación e coordinación de rexistros que garantan a súa compatibilidade informática, así como a transmisión telemática dos asentos rexistrados e das solicitudes, escritos, comunicacións e documentos que se presenten en calquera dos rexistros.

Estes escritos presentaranse en sobre aberto, co obxecto de que na cabeceira da primeira folla do documento que se queira enviar, se fagan constar, con claridade, o nome da oficina e a data, o lugar, a hora e o minuto da súa admisión. Estas circunstancias deberán figurar no xustificante da súa admisión. O remitente tamén poderá esixir que se fagan constar as circunstancias do envío, logo da comparación da súa identidade co orixinal, na primeira páxina da copia, fotocopia ou outro tipo de reprodución do documento principal que se queira enviar, que se deberá xuntar como forma de recibo que acredite a presentación daquel perante o órgano administrativo competente.

A presentación ou non das solicitudes no rexistro do órgano competente ten relevancia para os efectos do cómputo do prazo máximo verbo de dictar resolución. Só se iniciará o cómputo dos prazos que deba cumprila Administración, e en particular do prazo máximo para notificar a resolución expresa cando as solicitudes, escritos e comunicacións teñan a súa entrada nas oficinas do rexistro do órgano competente para a súa tramitación⁵.

⁵ Artigo 42.3.b) LRXAP-PAC.

De acordo co artigo 70.1 LRXAP-PAC a solicitude debe conter en primeiro termo o *nome e apelidos do interesado e, se é o caso, do representante, así como a identificación do medio ou lugar preferente para os efectos de notificacións*. Cando o escrito de solicitude sexa subscrito por varios interesados, consignaranse os datos respecto de todos eles, salvo que a lei non permita a solicitude colectiva.

Cando as pretensións correspondentes a unha pluralidade de persoas teñan un contido e fundamento idéntico ou substancialmente semellante, poderán formularse nunha única solicitude, salvo que as normas reguladoras dos procedementos específicos dispoñan outra cousa.

Para o suposto en que a solicitude, escrito ou comunicación sexan subscritos por varios interesados, as actuacións a que dean lugar efectuaranse co representante ou o interesado que expresamente se sinalara e, no seu defecto, co que figure en primeiro termo.

Para formular solicitudes e establecer recursos en nome doutra persoa, deberá acreditarse a representación por calquera medio válido en dereito que deixe constancia fidedigna, ou mediante declaración en comparecencia persoal do interesado. A falta ou insuficiente acreditación da representación non impedirá que se teña por realizado o acto de que se trate, sempre que se achegue aquela ou se emende o defecto dentro do prazo de dez días que deberá conceder para o efecto o órgano administrativo, ou dun prazo superior cando as circunstancias do caso así o requiran. O defecto da falta de acreditación da adecuada representación poderá ser emendado en calquera momento, iso si, antes de dicitarse a resolución definitiva.

Polo que respecta ó lugar onde se deben practica-las notificacións, este non ten por qué cadrar co domicilio do interesado ou do seu representante, superándose, como di a exposición de motivos da LRXAP-PAC, a limitación da exclusividade do domicilio como lugar de notificacións.

Se aquel non figura no escrito ou figura de xeito deficiente, parece que a Administración deberá acudir ó que di o artigo 59.4 LRXAP-PAC para corrixi-lo lugar onde debe efectuarse a notificación en caso de que non se sinalara ningún para o efecto, salvo que quede acreditado que existe negligencia grave, ocultación fraudulenta ou mala fe do interesado e sempre que sexa posible formular eficazmente o requirimento. Cando sexa factible a notificación do requirimento de corrección farase por medio de anuncios no taboleiro de edictos do concello do seu derradeiro domicilio, no B.O.E., ou o da comunidade autónoma ou da provincia, segundo a Administración da que proceda o acto que haxa que notificar, e o ámbito territorial do órgano que o dictou.

En canto ós *feitos, razóns e petición en que se concrete, con toda claridade, a solicitude*, os feitos constitúen a causa do que se pide (*causa petendi*) e por iso deben relacionarse con obxectividade. As razóns son o fundamento xurídico de que o que se pide é axustado a dereito e que, polo tanto, ten virtualidade suficiente para poñer en marcha o procedemento. Por último, a petición ou pe-

titum concrétese na demanda de que o procedemento se inicie e poña en marcha para culminar nunha resolución que satisfaga as pretensións do interesado.

Polo que se refire ó *lugar e data*, debemos sinalar que o único (lugar e data) que se debe ter en conta é o do rexistro onde se presenta o escrito e, a maiores, o do rexistro do órgano competente para a consideración do *dies a quo*.

No tocante á *sinatura do solicitante ou acreditación da autenticidade da súa vontade expresada por calquera medio*, este é un dos aspectos abertos na actualidade á evolución das tecnoloxías, como nolo amosa o RDL 14/1999, do 17 de setembro, sobre a sinatura electrónica. A sinatura segue a ser hoxe, un dos requisitos esenciais das solicitudes e recursos administrativos e así o reflicte a xurisprudencia do TS nas súas sentencias do 23 de xaneiro de 1998, 15 de novembro de 1965, etc.

En derradeiro lugar, e no que atinxe ó *órgano, centro ou unidade administrativa á que se dirixe*, debemos dicir que a presentación ou remisión dos escritos e solicitudes ó órgano incompetente deberá ser corrixido polo órgano administrativo que se estime incompetente para a resolución do asunto, e deberá remitirle directamente as actuacións ó órgano que considere competente, se este pertence á mesma Administración pública⁶.

Das solicitudes, comunicacións e escritos que presenten os interesados nas oficinas da Administración, poderán esixi-lo correspondente recibo que acredite a data de presentación, admitíndose como tal unha copia na que figure a data de presentación anotada pola oficina⁷. Isto desenvólvese no artigo 6 do RD 772/1999, do 7 de maio, polo que se regula a presentación de solicitudes, escritos e comunicacións ante a Administración xeral do Estado, a expedición de copias de documentos e devolución de orixinais e o réxime das oficinas de rexistro.

A expedición de recibos acreditativos da data de presentación de calquera solicitude, escrito ou comunicación, efectuarase no mesmo momento da presentación da solicitude, escrito ou comunicación.

As administracións públicas deberán establecer modelos e sistemas normalizados de solicitudes cando se trate de procedementos que impliquen a resolución numerosa dunha serie de procedementos. Estes modelos estarán a disposición dos cidadáns nas dependencias administrativas. Os solicitantes poderán acompañalos elementos que estimen convenientes para precisar ou completalos datos do modelo, os cales deberán ser admitidos e tidos en conta polo órgano ó que se dirixan.

O feito de que se presente a solicitude sen se ater ó modelo oficial ou normalizado, pero que contén, en calquera caso, a información que o modelo recolle, carece de maior importancia xa que a LRXAP-PAC non manda que os escritos deban axustarse ó modelo oficial. Ademais, enténdese que a existencia

⁶ Artigo 20.1 LRXAP-PAC.

⁷ Artigo 70.3 LRXAP-PAC.

dos modelos oficiais é unha vía para axilizar e simplificar a tramitación do correspondente procedemento, un medio para facilitar a achega dos datos e informacións requiridos ós cidadáns e o exercicio dos seus dereitos. En última instancia, se a norma reguladora dalgún procedemento esixira ese modelo ou instancia tería que darse ocasión para a corrección do escrito.

A xurisprudencia deixa ben claro que ningún defecto simplemente ritual que se advirta nos escritos dos interesados pode servir de escusa para denegar ou deixar de resolver os seus pedimentos, e a Administración está obrigada a ordenar e impulsar de oficio o procedemento administrativo e, cando isto non fora posible, a requirir-lo interesado para que, no prazo que a lei designa, emende os defectos formais que se advertiran. Polo tanto, a lei obriga a interpretar a petición no sentido máis favorable á súa admisión e á produción dos efectos que lle son propios, estando inspirada nun principio *antiformalista* e *pro actione*, tendentes á consecución dun resultado final de eficacia tuitiva dos dereitos e intereses en xogo.

Se a solicitude de iniciación non reúne os requisitos que se sinalan no artigo 70.1 LRXAP-PAC e os esixidos, se é o caso, pola lexislación específica aplicable, requirirase o interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta ou xunte os documentos preceptivos, con indicación de que se non o fixera teráselle por desistido da súa petición, despois da resolución que deberá ser dictada nos termos previstos no artigo 42 da lei.

Segundo o autor, o concepto xurídico *subsanación* (corrección ou emenda) abrangue a acreditación dun feito alegado, a cobertura de datos que foron omitidos na solicitude e, tamén, a achega de documentos que se deberían ter xuntado con aquela.

Chegado a este punto, o autor distingue entre a emenda e o trámite que se recolle no artigo 76.2 da lei que dispón que cando, en calquera momento, se considere que algún dos actos dos interesados non reúne os requisitos necesarios, a Administración poñerá en coñecemento do seu autor, concedéndolle un prazo de dez días para lle dar cumprimento. Isto aplícase a calquera trámite que houberan de cumprir-lo interesados xa iniciado o procedemento, polo tanto, non á solicitude ou escrito de iniciación. Neste caso, se non se atende o requirimento da Administración, só se pode declara-lo interesado decaído no seu dereito ó trámite correspondente, sen que isto signifique que se entenda desistido da súa solicitude.

A corrección só será posible cando os vicios da solicitude ou documentación presentada sexan de orde formal (falta de achega dalgún dato ou documento, ou calquera outra irregularidade ou insuficiencia procedemental), non cando estes teñan natureza substantiva, e impliquen unha modificación substancial da solicitude, ou sexan defectos de fondo. Nese caso a Administración debe proceder en consecuencia a adoptar a resolución pertinente sen necesidade de ningún requirimento previo de corrección, ó tratárense non de simples insuficiencias formais de mero curso procedemental, e non lle quedando ó interesado outra

posibilidade que a presentación dunha nova solicitude, sempre que iso aínda sexa posible.

A Administración non pode esixir arbitrariamente calquera documentación senón aquela que sexa indispensable para fixa-los datos con base nos cales deba dictarse a resolución. Ademais, os datos ou documentos deben ser ignorados pola Administración, xa que se esta os coñece, por ter presentado o interesado os documentos que se lle piden, non procederá a corrección. Isto entronca directamente co dereito dos cidadáns a non presentaren documentos non esixidos polas normas aplicables ó procedemento de que se trate, ou que xa se atopan en poder da Administración actuante.

O axeitado é que a Administración advirta ó interesado da existencia de defectos que se deban corrixir no momento en que reciba a solicitude. O habitual será que o requirimento o faga o órgano competente para tramita-lo escrito, xa que se a solicitude tivo entrada no rexistro doutro órgano distinto ó competente, sería extravagante que esa instancia ou órgano levara a cabo un primeiro exame do escrito cando, de seguro, descoñece a normativa concreta que se lle deba aplicar ó procedemento que se solicita. Nada obsta, sen embargo, a que o requirimento se faga con posterioridade se o defecto se advirte máis tarde. O decisivo é que se conte con tódolos datos ou documentos precisos no momento de adopta-la decisión pertinente. A corrección dunha omisión ou dun vicio de procedemento será perfectamente posible cando dentro do propio expediente se emende o vicio ou se supla a omisión, antes de que se produza o acto que poña punto final a este.

No requirimento que efectúe a Administración deberán mencionarse con claridade os datos ou documentos que deben ser corrixidos ou achegados, fixarase o prazo de dez días para corrixilas faltas e advertirase que se non o fixera, térselle por desistido da súa petición, despois da resolución que declare tal circunstancia, con indicación dos feitos producidos e das normas aplicables.

O prazo de dez días (hábiles) para emendar poderá ser ampliado prudencialmente, ata cinco días, a petición do interesado ou iniciativa do órgano, cando a achega dos documentos requiridos presente dificultades especiais.

Transcorrido o prazo de dez días sen que os defectos foran emendados, non se producirá automaticamente a terminación do procedemento por desistencia presunta do interesado, senón que se reiniciará o prazo para resolver que se atopa suspendido.

É indiscutible que deberá haber resolución administrativa expresa para que se produza a terminación do procedemento, non sendo lexítimo o arquivo da solicitude sen que se dictara previamente aquela. Entre outras razóns, porque a resolución que declare a desistencia debe ofrecerlle ó interesado a posibilidade de recorrer contra ese acordo⁸.

⁸ Este é un dos contidos que debe expresar toda resolución segundo o artigo 89.3 LRXAP-PAC.

A non admisión, cando sexa declarada expresamente, só afectará, para o caso de solicitudes colectivas aquel que non atendera o requirimento de emenda da Administración. Isto debe entenderse sen prexuízo de que a solicitude poida reiterarse no tempo sempre que subsista vivo o dereito que se fai valer, o dereito que se exercita coa solicitude. Os seus efectos son, polo tanto, procedementais. Non obstante, nalgúns casos, o exercicio dos dereitos pode estar sometido a prazos preclusivos de caducidade e, neste caso, a consecuencia da non admisión seméllase á renuncia.

Os defectos non advertidos pola Administración, cando non lles concederan ós interesados a facultade de reparalos, non poderán ser tidos en conta por aquela á hora de dictar resolución expresa, xa que non pode pretender beneficiarse *a posteriori* da súa anómala conducta, ó detectar irregularidades da contraparte (interesado) non denunciadas por ela na fase procedemental na que tiña que facelo.

A sanción coa que os tribunais castigan a Administración cando non lle ofrece a emenda da solicitude ó interesado ou cando excede as obrigas, prazo e procedemento do artigo 71 LRXAP-PAC é a retroacción do procedemento ó momento en que se incorreu na falta, a fin de que se observe o que dispón o artigo.

Se se aprecian varias deficiencias na solicitude do interesado debe ser requirido dunha soa vez para a corrección de todas elas.

Nos procedementos iniciados por solicitude dos interesados, o órgano competente poderá reclamar do solicitante a modificación ou mellora voluntarias dos termos daquela. Disto redactarase acta sucinta, que se incorporará ó procedemento. Este é un trámite novo introducido pola LRXAP-PAC con relación ó que dispoñía a LPA.

Para corrixi-los erros nas solicitudes ou aclara-los termos desta, a lei introduce o que se denomina *mellora da solicitude*. Trátase dunha modificación substantiva e voluntaria que se fai constar en acta sucinta incorporada ó procedemento. A xurisprudencia destaca que o ofrecemento da mellora ou modificación da solicitude non é obrigada para a Administración. O precepto só indica que *poderá facelo* o que determina que se non o fai, non infrinxe o dito precepto e, por outra banda, debe entenderse que, sempre, tanto a solicitude coma a mellora deben verificarse dentro do prazo establecido.

Finalmente, aínda que a lei só fala de que a vontade de mellorar ou modifica-la solicitude documentarase mediante acta que se lle incorporará ó procedemento, o que fai supoñe-la comparecencia do interesado para manifesta-la súa intención verbalmente, nada impediría que se fixera por un escrito dirixido para o efecto e que González Pérez denomina *escrito de alegacións de fixación* de acordo coa nomenclatura procesualista civil.

O órgano administrativo que inicie ou tramite un procedemento, calquera que fora a forma da súa iniciación, poderá dispo-la súa acumulación a outros cos que garde identidade substancial ou íntima conexión.

Aínda non se aprecia na lei a posibilidade de que sexa pedida a acumulación de solicitudes ou procedementos polo interesado, a doutrina acostuma a reco-

ñecerlles esta facultade ós interesados. É unha cuestión incidental, polo que a súa tramitación non suspenderá a tramitación do procedemento. É suposto lóxico e elemental para que proceda a acumulación que exista máis dun expediente e que pola íntima conexión entre eles, sexa oportuno por razóns de brevidade, economía e unidade de criterio que poidan ser resoltos pola mesma autoridade que fora competente para coñecer por separado cada unha das solicitudes que deran lugar a eles.

Mediante a acumulación non se pode busca-la alteración da competencia resultante do axuizamento separado de feitos ou conductas representativas de actos individualizados aínda que teñan os mesmos elementos subxectivos e obxectivos, porque a competencia de cada órgano establécese pola lei en función de determinados factores ponderados en consonancia coa organización xerárquica daqueles e non pode modificarse por conveniencias dos interesados nos expedientes. A acumulación é unha decisión discrecional e facultativa do órgano competente para resolve-las solicitudes que se acumulan.

Cando se acumulen dúas ou máis solicitudes iniciadas por separado, suspenderase o curso do expediente que estivese máis preto do seu remate ata que os demais se atopen no mesmo estado. Contra o acordo de acumulación non caberá recurso algún, xa que se entende que é un acto de trámite incapaz de decidir directa ou indirectamente o fondo do asunto, determina-la posibilidade de continua-lo procedemento, producir indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos. Caberá, iso si, a posibilidade de alegar polo interesado a oposición á acumulación para que sexa tida en consideración na resolución que poña fin ó procedemento⁹.

Logo de explicar toda a teoría, o autor introduce unha táboa de normativa aplicable ó contido da solicitude, á acumulación, ó recibo e á emenda e mellora da solicitude, de xeito que axiliza moito a consulta da normativa aplicable a cada unha destas figuras.

A segunda parte desta obra está dedicada á lexislación, e nela o autor reproduce os preceptos relacionados coas institucións das que trata no libro.

Meseguer Yebra, introduce unha terceira parte na súa obra na cal inclúe formularios e unha cuarta parte que lle dedica á xurisprudencia relacionada co tema.

Deste xeito, o resultado final é un libro moi práctico e dunha grande utilidade para os profesionais do dereito, fundamentalmente debido á súa claridade, e á facilidade no seu manexo. ■

Isabel Castiñeiras Bouzas
Avogada

⁹ Artigo 107.1 LRXAP-PAC.

Dereito Parlamentario de Galicia

Xosé A. Sarmiento Méndez

Edicións Xerais de Galicia. Vigo, 2001

Como ben se sinala na presentación da obra por parte do presidente do Parlamento de Galicia, estamos ante un tratado que debe ser celebrado no eido da ciencia xurídica galega, pois achega evidentes novidades e reflexións críticas acerca do lexislativo autonómico.

Parte da innovación reside sen dúbida, no enfoque sincrético e non exclusivamente positivista que o autor asume. Así dende o primeiro dos capítulos do manual deféndese unha posición respecto das fontes do ordenamento parlamentario que inclúe e subliña a relevancia das situadas «extra regulamento», nunha liña polo demais que entronca coa mellor e máis antiga tradición do parlamentarismo.

A posta en valor do costume e a xurisprudencia intraparlamentaria non obsta para que o profesor Sarmiento Méndez adopte na súa exposición unha defensa militante na aplicación dos principios constitucionais e estatutarios ó ordenamento parlamentario galego. Deste xeito son continuas as súas referencias ás principais decisións do Tribunal Constitucional nesta materia e ademais as achegas críticas que fai «lege ferenda», descansan fundamentalmente nas consecuencias parlamentarias da doutrina constitucional de desenvolvemento do artigo 23 da nosa Carta magna.

A súa xa longa experiencia como letrado da Cámara fundamenta a abordaxe de materias que non foran tocadas previamente pola nosa doutrina, tales como a sesión constitutiva do Parlamento (que estudia conxuntamente coa realidade do bilingüismo no Parlamento) e a disciplina parlamentaria (respecto da que se interna tanto nos aspectos substantivos coma nos procedementais). Paralelamente pro-

cede a un estudio sistemático do Estatuto persoal dos deputados, dende a perspectiva de decisións xurisprudenciais (a partir de sentencias coma a inicial do TC 5/1983 do 4 de febreiro), que interpretaron o dereito a acceder ós cargos públicos como comprensivo do dereito a permanecer neles, coas importantes consecuencias prácticas que disto se derivan. Estas reflexións abarcan os aspectos electorais previos á adquisición da condición de deputado e o contido dos dereitos e obrigas unha vez que o parlamentario acada a condición plena de tal.

O enfoque eminentemente didáctico da obra non empece para que se poña de manifesto, cun minucioso aparato crítico, o papel destacado que dende a doutrina constitucionalista europea se lles atribúe os principais suxeitos do xogo parlamentario: os grupos parlamentarios e o Executivo. Así nas páxinas 61 e seguintes faise unha esexese pormenorizada do papel desenvolvido polos grupos parlamentarios. Nestas liñas é posible percibi-la reivindicación activa que da función esencial dos grupos é demandada polo autor, ó tempo que reconece a posición condicionada do deputado individual no parlamentarismo contemporáneo. Con este motivo trata problemas tan actuais coma o transfuguismo político e a constitución e extinción dos grupos parlamentarios, pendente esta última dunha inminente decisión do Tribunal Constitucional que resolverá moitas dúbidas ata agora sen resolver (requisitos de constitución dos grupos ó comezo desta lexislatura no Congreso dos Deputados).

Por outra banda o profesor da Universidade de Vigo pormenorízano-las dúas vertentes fundamentais polas que o dereito parlamentario lle atribúe relevancia ó Goberno: a primeira delas de grande actualidade pola recente tramitación dunha moción de censura no Parlamento autonómico, como depositario da confianza parlamentaria (procedementos de investidura, confianza e censura), e a segunda, como obxecto do control político por parte da Cámara. Esta faceta do control parlamentario é unhas das liñas fundamentais de investigación do autor, e todos aqueles que temos asistido a algún dos numerosos cursos que impartiu sobre a materia en diversos foros, tivemos ocasión de comproba-lo seguimento detido da cuestión que ten feito. Así son esmiuzados temas tan polémicos no dereito galego coma a comparecencia do presidente da Xunta ante o Pleno da Cámara e o «question time» no Parlamento de Galicia.

A parte central do libro detense na análise dos aspectos máis concretamente procedementais do dereito parlamentario: deliberacións e acordos parlamentarios e a orde parlamentaria. Nestas cuestións é onde a presenza dos costumes e precedentes parlamentarios se fai máis patente, e polo tanto as achegas feitas no tratado máis encomiables, xa que ata este momento non existía unha fonte de coñecemento escrita delas. A experiencia de Sarmiento Méndez como letrado da Comisión do Estatuto do Deputado nestas últimas lexislaturas permítelle apuntar novas dimensións da orde parlamentaria non só limitada ó ámbito dos debates, senón tamén tendo presente a globalidade das obrigas dos parlamentarios recollidas no Regulamento e na Lei de eleccións ó Parlamento de Galicia. Trátase, por outra banda, de aspectos de xeral interese para todos aque-

les que teñen que enfrontarse nalgún momento cos problemas que suscita o funcionamento de asembleas ou órganos colexiados, sen descoñece-las especificidades singulares que presentan os órganos parlamentarios.

A función lexislativa recibe un tratamento singularizado nesta obra. Por unha banda, e afondando en estudos xa publicados polo autor (*Revista de las Cortes Generales* nº 29 de 1993 e nº 43 de 1998), documéntase rigorosamente todo o referido á tramitación parlamentaria das leis, e os efectos que esta ten sobre a produción lexislativa autonómica. Ademais a función de asesoramento técnico-xurídico, levada a cabo en máis de corenta leis autonómicas ó longo de doce anos, leva a Sarmiento Méndez a ser moi crítico coa técnica lexislativa autonómica, incitando a importantes melloras no trámite de elaboración das leis (antecedentes inexistentes nos proxectos de lei, importancia dos «hearings» no procedemento lexislativo...).

Un feito especial merece o estudio das leis orzamentarias autonómicas, xa que como é ben sabido, as limitacións competenciais ás que están sometidas e as peculiaridades procedementais ás que as somete o regulamento convérteas en textos nidiamente diferenciados das restantes leis galegas. Neste punto o dereito parlamentario galego recolle o mellor da doutrina española (Cazorla Prieto) para rexeita-la técnica lexislativa consistente no abuso de contido nas leis orzamentarias e a recente fraude de lei operada a través do mecanismo das leis de acompañamento dos orzamentos.

O capítulo XVII de dereito parlamentario de Galicia trata dunha faceta do lexislativo autonómico que non fora atendida ata agora con detemento pola doutrina. Baixo a denominación de funcións non tradicionais do Parlamento débúllanse un conxunto heteroxéneo de aspectos que o profesor Sarmiento Méndez xa ten tomado en conta en diversas xornadas científicas que organizou como directivo da Asociación Española de Parlamentos en España e no estranxeiro. Así a problemática dos estados compostos e a articulación dos parlamentos territoriais (Seminario co Goberno de Quebec e o Parlamento canadense) ou os instrumentos externos de control (Congreso internacional en colaboración coa Universidade de Siena na Toscana). Todas estas achegas do dereito comparado teñen o seu reflexo no manual, e por iso entendo que merecen unha valoración singularmente positiva.

A parte final do tratado contén unha edición actualizada do Regulamento da Cámara e dos acordos interpretativos deste feitos pola Mesa do Parlamento. Este material é do maior interese tendo en conta os destinatarios naturais del: deputados, asesores dos grupos parlamentarios e gobernamentais, estudiosos do dereito constitucional e autonómico e membros da comunidade universitaria. Todos eles agradecerán o novo instrumento que chega ás súas mans pola súa orixinalidade e a valiosa información nel contida.

Miriam Martínez García

*Profesora de dereito constitucional
Universidade de Vigo*



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. Acompañárase 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 recollenanse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situáranse 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.).

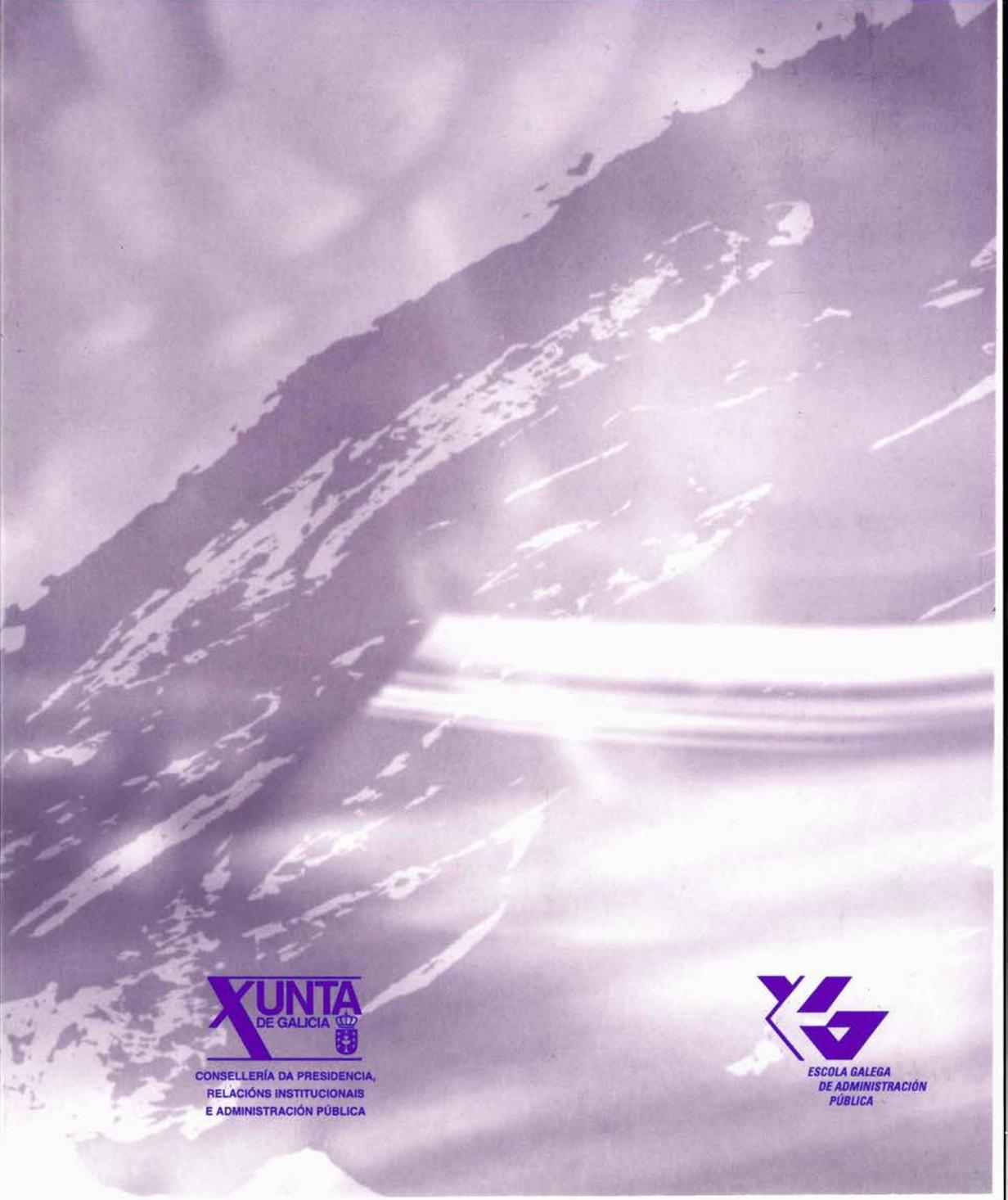
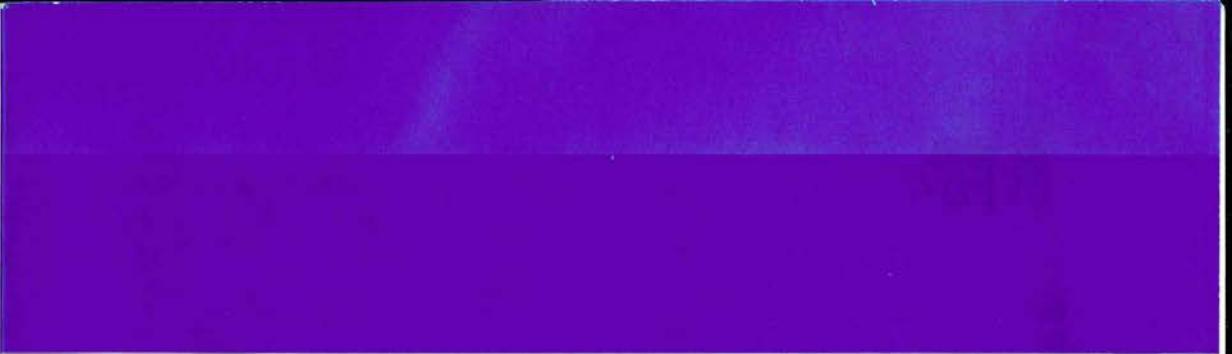
As citas, nas notas de páxina, remitíranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

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,
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA