

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

29

XUNTA DE GALICIA

29

SETEMBRO - DECEMBRO
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 IIIII cebra

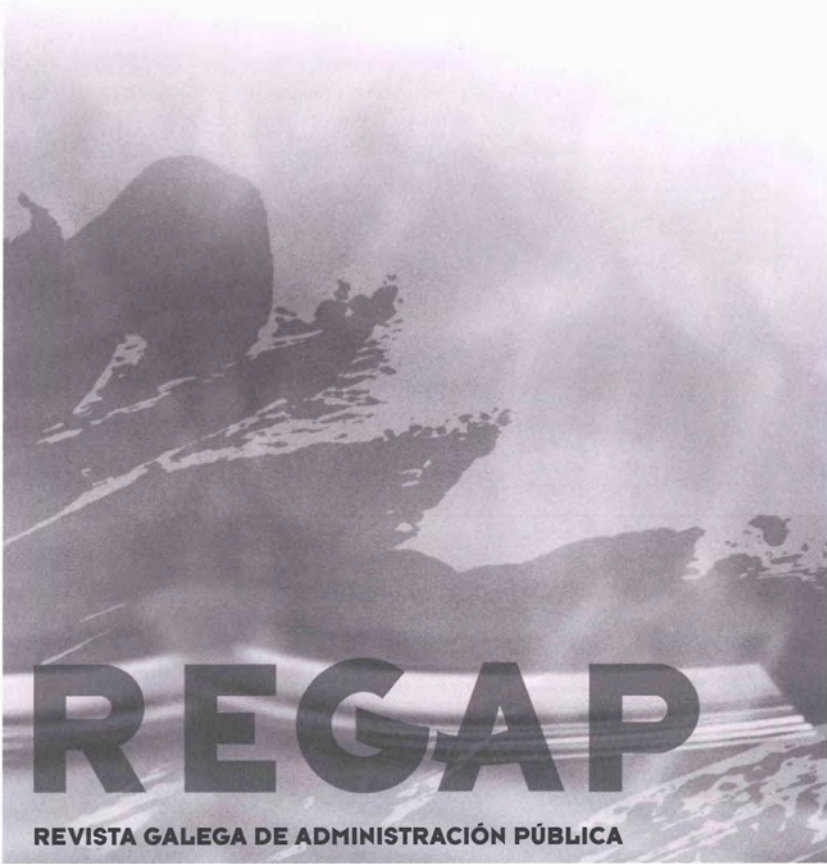
Imprime: Litoror

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.

Solicitude de subscricións a EDITORIAL GALAXIA.

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



REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luís Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal

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 Dios Vieitez

Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña

Andrés Faiña Medín

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Luciano Fariña Busto

Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Manuel Fernández Areal

Catedrático emérito de periodismo

Alejandro Fernández Barreiro

Catedrático de dereito romano da Universidade da Coruña

Eduardo Freire Pousa

Oficial de Administración de Xustiza de Galicia

José Antonio García Caridad

Presidente do Consello Consultivo de Galicia

Ramón García-Malvar y Mariño

Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela

Vicente González Radío

Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

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

Pablo Menéndez García	The revision ex officio of acts and regulations. Prejudice proceedings and act reversal. Error correction. The experience after Law 4/1999 _____	15
Vicente Magro Servet	Autonomy in the treatment of domestic violence _____	43
César García Novoa	The foundation of the budgetary stability law _____	75
Marta García Pérez	The legal coastline regime and its influence on the territory _____	111

NOTES AND COMMENTS

José Bermejo Vera	Aims, principles and prospective of Community public contracts policy _____	141
José M. Díaz Lema	Tourist buildings and urban legislation: land deregulation _____	165
Luis Villares Naveira	The documentary role of foundations in the public service: management effectiveness or escape from the system? _____	177
Francisco J. Constenla Acasuso	The scope of public activity and control requirements: special consideration of public foundations _____	213

JURISPRUDENCE

Almudena Fernández Carballal	Improvements in transformed urban land. [Commentary on STS 06.03.2000 [ar. 2422]] _____	223
-------------------------------------	--	------------

SUMARIO

ESTUDIOS

Pablo Menéndez García	La revisión de oficio de actos y normas. Vía de lesividad y revocación de actos. Rectificación de errores. Experiencia tras la Ley 4/1999 _____	15
Vicente Magro Servet	La autonomía en el tratamiento de la violencia doméstica _____	43
César García Novoa	Fundamento de la ley de estabilidad presupuestaria _____	75
Marta García Pérez	El régimen jurídico de las costas y su influencia en el territorio _____	111

NOTAS E COMENTARIOS

José Bermejo Vera	Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos _____	141
José M. Díaz Lema	Construcciones turísticas y legislación urbanística: la liberalización del suelo _____	165
Luis Villares Naveira	O papel instrumental das fundacións no servizo público: ¿Eficacia de xestión ou fuxida do sistema? _____	177
Francisco J. Constenla Acasuso	A extensión da actividade pública e as esixencias do control: especial consideración das fundacións públicas _____	213

JURISPRUDENCIA

Almudena Fernández Carballal	A realización de melloras en solo urbano transformado [Comentario á STS 06.03.2000 [ar. 2422]] _____	223
-------------------------------------	--	------------

PARLIAMENTARY CHRONICLE

The work in the Galician Parliament of the
non-permanent commission for studying

231 _____ the situation of emigrants **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

Conference on Community administrative law

245 _____ EGAP, 22nd February, 2001 **María Victoria Candamo París**

Conference on expropriation management

271 _____ 14th March, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

Conference on the regions' responsibility for the
non-observance of Community law

299 _____ EGAP, 2nd April, 2001 **María del Carmen Silva López**

Conference on legal-economical aspects
of foundations

323 _____ A Coruña, 18th and 19th June, 2001 **Alfredo Romero Gallardo**

Conference on nationality and alien status

349 _____ EGAP, 27th and 28th June, 2001 **Juan M. González Hiltner**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

Notes on the laws relating to aliens in 2000

Manuel Alonso Olea

377 _____ Madrid, Civitas, 2001 **María del Carmen Silva López**

Democracy in Europe

Larry Siedentop

383 _____ Madrid, Siglo XXI, 2001 **Juan M. González Hiltner**

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- O labor da Comisión non permanente para
o estudo da situación dos emigrantes do
231 _____ Parlamento de Galicia **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Xornada sobre dereito administrativo comunitario
245 _____ Egap, 22 de febreiro de 2001 **María Victoria Candamo París**
- Xornada sobre xestión de expropiacións
271 _____ Egap, 14 de marzo de 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- Xornada sobre a responsabilidade das rexións polo
incumprimento do dereito comunitario
299 _____ Egap, 2 de abril de 2001 **María del Carmen Silva López**
- Xornadas sobre aspectos xurídico-económicos
das fundacións
323 _____ A Coruña, 18 e 19 de xuño de 2001 **Alfredo Romero Gallardo**
- Xornadas sobre nacionalidade e estranxeiría
349 _____ Vigo, 27 e 28 de xuño de 2001 **Juan M. González Hiltner**

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*
Manuel Alonso Olea
377 _____ Madrid, Civitas, 2001 **María del Carmen Silva López**
- La democracia en Europa*
Larry Siedentop
383 _____ Madrid, Siglo XXI, 2001 **Juan M. González Hiltner**

ESTUDIOS



LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS Y NORMAS. VÍA DE LESIVIDAD Y REVOCACIÓN DE ACTOS. RECTIFICACIÓN DE ERRORES. EXPERIENCIA TRAS LA LEY 4/1999

Pablo Menéndez García

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Vigo

I. Evolución de la institución de la revisión de oficio

Por revocación de un acto se entiende que la Administración (un órgano administrativo) deja sin efecto un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario. Una vez dictado un acto, puede volver sobre él para eliminarlo del mundo del Derecho. Existen dos tipos de revocación: la revocación por motivos de legalidad (cuando se deja sin efecto o se retira un acto viciado) y la revocación por motivos de oportunidad (cuando se deja sin efecto o se retira un acto perfectamente regular en sí mismo, no viciado, pero que no es conveniente en un momento dado)¹.

¹ En este trabajo examinamos únicamente las importantes modificaciones que la Ley 4/1999, de 13 de enero ha introducido en la revocación por motivos de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo. Este examen se hace además desde la estricta perspectiva del Derecho interno, dejando a un lado la problemática que presenta la revisión de oficio de los actos como consecuencia del incumplimiento de obligaciones que le incumben a un Estado miembro en virtud del Derecho comunitario.

Antes de promulgarse la LPA de 1958², regía el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos. Se entendía que si el acto poseía carácter favorable para su destinatario, el principio de respeto a los derechos adquiridos exigía la estabilidad y permanencia de las situaciones jurídicas establecidas³.

La Administración no podía, por tanto, apartarse de sus propios actos declarativos de derechos, salvo por un procedimiento excepcional denominado recurso de lesividad. Con motivo de este recurso de lesividad, la Administración quedaba despojada de su privilegio de autotutela, al invertirse la posición ordinaria que ésta ocupa en el proceso administrativo. En dicho proceso, por lo general, la posición de parte activa o parte demandante la ocupa la persona del administrado, mientras que la de parte demandada corresponde a la Administración pública que dicta el acto frente al que se deduce la pretensión. Son, pues, los ciudadanos o administrados quienes, como regla general, quedan gravados con la *carga* de recurrir.

En el caso del recurso de lesividad, sin embargo, la Administración, para satisfacer su pretensión, debía de incoar un proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el que adoptaba la posición de demandante y solicitaba la declaración judicial de nulidad de un acto suyo. La posición de demandado la ocupaba, en este caso, el particular o particulares a cuyo favor reconocía derechos el acto cuya anulación se pretendía. Además, para que pudiese prevalecer la impugnación pretendida por la Administración, ésta tenía la carga de alegar y probar que el acto cuya revocación se perseguía ocasionaba una doble lesión, es decir, una lesión económica (por ser económicamente perjudicial para el interés público), y una lesión jurídica (por infringir el ordenamiento positivo).

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 flexibiliza el rigor del principio de irrevocabilidad. Habilita a la Administración a revisar los por sí misma cuando éstos fueran radicalmente nulos o cuando, aún sin tener tal carácter, infringiesen manifiestamente la Ley (artículos 109 y 110). La revisión de oficio por la Administración exigía, entonces, la concurrencia de tres requisitos:

- que el acto administrativo adoleciese de un vicio de ilegalidad especialmente grave (nulidad de pleno derecho o ilegalidad manifiesta).
- la limitación temporal de esta potestad a un plazo de cuatro años (sólo en los casos de manifiesta ilegalidad; la revisión de los actos

² Esta Ley completó y generalizó el sistema esbozado poco antes por el artículo 37 de la LRJAE de 26 de julio de 1957.

³ La regla de la irrevocabilidad no operaba, sin embargo, respecto de los actos desfavorables o restrictivos de derechos, que se consideraban libremente revocables por la Administración.

nulos podía hacerse en cualquier momento, en coherencia con el carácter imprescriptible de dicho vicio).

La necesidad de un dictamen favorable del Consejo de Estado, al que se le confería carácter vinculante.

Para los restantes casos, la Ley de 1958 mantuvo la regla tradicional de la irrevocabilidad, de modo que la anulación de los actos declarativos de derechos requería la declaración previa de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Las cautelas adoptadas (necesidad de dictamen del Consejo de Estado y limitación temporal en determinados casos), pone de manifiesto que este procedimiento de revisión de oficio tiene un *carácter excepcional*, pues se intenta asegurar el equilibrio necesario entre el *principio de seguridad jurídica*, que postula a favor del mantenimiento de los derechos ya declarados, y el *principio de legalidad*, que exige, por el contrario, depurar las infracciones del ordenamiento jurídico.⁴

El esquema de regulación hasta aquí descrito se mantiene, en sus grandes líneas, en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Esta Ley ha sido objeto de una importante reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que ha reducido el alcance de las potestades de revisión de oficio limitándolas a los actos nulos de pleno derecho.

2. Órgano competente, dentro de cada Administración Pública, para declarar la nulidad

El artículo 102 de la Ley 4/1999 ha mantenido el texto anterior (de la Ley 30/1992) que se refería genéricamente a las «Administraciones públicas» sin determinar el órgano administrativo que, dentro de cada una de ellas, tiene competencia específica para declarar la nulidad⁵. El texto

⁴ El artículo 102.1 de la Ley 30/1992 (tanto antes como después de la modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), exige que los actos administrativos que se someten a revisión de oficio pongan fin a la vía administrativa (esto es, no sean susceptibles de recurso de alzada) o, alternativamente, tengan carácter firme, por no haber sido objeto de recurso interpuesto en plazo. Este requisito denota el carácter subsidiario de la revisión de oficio respecto del recurso administrativo: la revisión sólo será viable en el caso de que dicho recurso no proceda o, aun procediendo, no se hubiera interpuesto en plazo.

⁵ La razón, a juicio de González Pérez, González Navarro y González Rivas, estriba en que esto ya no es «procedimiento administrativo común», sino una de las especialidades de la organización propia a que se refiere el artículo 149.1.18ª de la CE (vid., de estos autores, *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 409).

primitivo del artículo 103 de la Ley 30/1992, sin embargo, contenía una norma, en sus números 3 y 4, sobre la competencia para declarar la lesividad, a la que podía acudir por analogía⁶. Tal norma, sin embargo, ha sido eliminada por la Ley 4/1999 prácticamente en su integridad, por lo que se hace necesario, para clarificar esta cuestión, acudir a las normas reguladoras de las respectivas Administraciones públicas.

Respecto de la Administración del Estado, el artículo 12 de la LOFAGE, al delimitar la competencia de los Ministros, no incluía la revisión de oficio. Esta omisión fue subsanada por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre de 1998, que asignó una nueva redacción a la letra i) del número 2 de dicho artículo, atribuyendo a los Ministros la competencia de «revisar de oficio los actos administrativos».

La competencia de los restantes órganos de la Administración del Estado viene delimitada en la Disposición adicional 16ª de la LOFAGE, de 14 de abril de 1997. Esta Disposición adicional establece:

«1. Serán competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables⁷:

Como punto de partida, ha de afirmarse que la revisión de oficio debe realizarse por la misma Administración que emitió el acto objeto de revisión. Así lo declaró expresamente la sentencia de 4 de julio de 1991 del Tribunal Constitucional (Sentencia 148/1991), en un fragmento relativo a la posición constitucional de los entes locales y a sus notas de separación y sustantivación respecto de las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva: «resulta obvio –señala– que la potestad que otorga este precepto a la Administración autonómica no puede ejercerse sobre actos emitidos por las entidades locales, tanto por razones lógicas, como por imperativo constitucional. Lo primero, porque *la revisión, como todo acto de género revocatorio, sólo puede recaer sobre los actos que han sido dictados por la misma Administración que emite el acto de contrario imperio, o al menos que ejerce lícitamente la misma competencia en cuyo ejercicio fue dictado*. La revisión estatal de actos locales definitivos en vía administrativa pereció con la Constitución, que abolió la subordinación cuasi jerárquica a que se veían sometidas las Corporaciones locales, en virtud de la antigua concepción que las asimilaba a los menores de edad» (Fundamento Jurídico 7º).

⁶ El artículo 103.3 establecía lo siguiente: «si el acto proviniera de la Administración General del Estado, la declaración de lesividad se realizará mediante Orden ministerial del Departamento autor del acto administrativo, o bien mediante acuerdo del Consejo de Ministros; cuando su norma de creación así lo determine, la declaración se realizará por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley». Por su parte, el artículo 103.4 se refería a las Comunidades Autónomas y a la Administración Local señalando, muy inespecíficamente, que «si el acto proviniera de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia».

⁷ Adviértase que el texto de este precepto contempla todavía la posibilidad de revisión de oficio de los actos anulables, posibilidad que, como veremos, ha sido descartada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

a) El Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y de los dictados por los Ministros.

b) En la Administración General del Estado:

Los Ministros, respecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado.

Los Secretarios de Estado, respecto de los actos dictados por los órganos directivos de ellos dependientes.

c) En los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado:

Los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos.

Los máximos órganos rectores de los Organismos, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes». ⁸

En las Comunidades Autónomas, la declaración de nulidad corresponde al Consejero competente o, en su caso, al Consejo de Gobierno, según los criterios señalados para la Administración del Estado. Este régimen competencial, seguido en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, conoce, sin embargo, de alguna excepción⁹.

Por último, la revisión de oficio corresponde, en las Administraciones locales, al Pleno. Así lo establece el artículo 110 de la LBRL al regular la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria. Esta asignación de competencia al Pleno, según se ha venido entendiendo, rige asimismo en los procedimientos de revisión de los demás actos administrativos de dichas entidades.

Se resuelve así el problema planteado desde la LPA de 1958 en relación con las Corporaciones locales. La LPA de 1958 sólo era directamente aplicable a la Administración del Estado (artículo 1.1). En el caso de las Corporaciones locales y de los Organismos autónomos se apli-

⁸ Nada se dice en este número 1 de la Disposición adicional 16^a, ni tampoco en su número 2 –referido a la revisión de oficio de los actos administrativos en materia tributaria–, respecto de las «disposiciones». Parece aplicable, no obstante, el mismo régimen, pudiendo completarse con la normativa contenida en la Orden de 12 de diciembre de 1960 (BOE de 17 de diciembre de 1960, núm. 302).

⁹ La regla señalada se recoge, por ejemplo, en el Decreto Legislativo de 3 de julio de 2001, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Su artículo 55.a) dispone, en este sentido, que «la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos se realizará conforme a las siguientes normas: a) cuando se trate de actos nulos, la revisión se realizará mediante Orden del Consejero titular del Departamento del que emane el acto o al que esté adscrito el organismo público que lo haya dictado, o, en su caso, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón. (...)». Sin embargo, en el caso del Principado de Asturias, la Ley de 13 de marzo de 1995, reguladora del régimen jurídico de su Administración, atribuye la competencia para la revisión de oficio de los actos nulos o anulables al órgano autor del acto (artículo 25.1).

caba con carácter supletorio, en defecto de normas específicas que regulasen el procedimiento administrativo de estas entidades (artículo 1.4).

Este planteamiento provocó, durante mucho tiempo, un agudo problema en relación con la posibilidad de referir el sistema de la revisión de oficio a los entes locales, pues el artículo 369 de la LRL de 1955 lo excluía expresamente en tal caso. El problema, pese a ese obstáculo, fue resuelto por la jurisprudencia del TS que, a mediados de la década de los setenta, declaró la plena aplicabilidad a dichas entidades del sistema revisorio recogido en los artículos 109 y 110 de la LPA¹⁰.

La reforma de la LS en 1975 optó expresamente por la misma solución en relación con las licencias y demás acuerdos municipales (artículos 187 y 224), solución que es ya general tras la LBRL, cuyo artículo 53 establece que «(...) las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común»¹¹. Decisión, pues, adoptada por la LBRL, de equiparar en este punto la posición de las Corporaciones Locales a la de la Administración del Estado.

Ciertas dudas existen acerca de la posibilidad de que las Administraciones corporativas lleven a cabo la revisión de oficio. En este sentido, ha de recordarse lo establecido en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/1992:

«Las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda».

No es admisible, a nuestro juicio, que se niegue a quienes se integran en un Colegio Profesional, en una Cámara de Comercio o en otra Corporación de Derecho Público, la acción de nulidad consagrada por el artículo 102 de la Ley frente a actos y disposiciones que, en ocasiones, pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales. El único obstáculo, en estos casos, sería la falta de previsión, en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 22 de abril de 1980, de un cauce para acceder al preceptivo dictamen de dicho órgano. Este obstáculo, pese a todo, no debe considerarse insuperable, especialmente a partir de la configuración del Consejo de Estado como órgano consultivo del Estado y no del Gobierno o de una específica Administración Pública¹².

¹⁰ Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1973 (Ar. 4562) y de 9 de diciembre de 1974 (Ar. 5025).

¹¹ Vid., en este aspecto, los artículos 4.g) y 48 de la LBRL, así como 218.2 del ROF.

¹² El Tribunal Supremo, basándose en el artículo 24.2 de la CE, llega aún más

Concluyendo ya en este punto, puede afirmarse que el régimen jurídico de la revisión de oficio que hoy regulan los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992 tiene, como la propia Ley en su conjunto, alcance general, por lo que es aplicable tanto a la Administración del Estado como a la Administración de las Comunidades Autónomas y a las entidades que integran la Administración Local, así como a las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas a o dependientes de aquéllas (artículo 2.2 de esta Ley).

3. La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. Requisitos

El artículo 102.1 de la vigente Ley 30/1992 regula la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. Dispone, en este sentido, que «las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.».

El precepto se refiere a los actos nulos de pleno derecho, esto es, a aquellos que no pueden ser objeto de *convalidación*, ya que ésta está exclusivamente referida por la Ley a los actos anulables (artículo 67.1 de la LPA).

Adviértase, además, que se refiere a los actos que incurran en nulidad de pleno derecho, tanto si son declarativos de derechos como si son actos de gravamen. Aunque tradicionalmente se vino entendiendo que las condiciones y límites previstos para la revisión de oficio de los actos nulos se referían únicamente, al igual que en el caso de los actos anulables, a los favorables o declarativos de derechos, el Consejo de Estado, en su Dictamen número 5,356/97 sobre el Anteproyecto de Reforma de la Ley 30/1992, señala que la nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 102.1

«no se ciñe de modo exclusivo a los actos declarativos de derechos o favorables (tampoco lo hace el artículo vigente, ni lo hacía el 109 de la Ley de 1958), lo que, teniendo en cuenta la invalidez e ineficacia radicales que genera el vicio de nulidad y la garantía que supone el procedimiento de revisión, por un lado, y la dificultad que en muchas ocasiones entraña la determinación del sentido final de un acto, debería conducir a que, su-

lejos, reconociendo, en su sentencia de 18 de febrero de 1998 -Ar. 1678-, la facultad de un Colegio de Abogados de revisar de oficio un acuerdo dictado por su Junta de Gobierno y viciado de nulidad de pleno derecho (en concreto, un acuerdo por el que se disponía la colegiación del recurrente), sin necesidad de someter dicha revisión al dictamen previo del Consejo de Estado.

perando la construcción elaborada por la ausencia de una previsión normativa sobre la revocación en la Ley de 1958 y mantenida con patentes contraindicaciones bajo la vigencia de la Ley 30/1992, *el artículo 102 fuera aplicable a los actos que incurran en alguna causa de nulidad, fueran o no declarativos de derechos, de modo que, para la revisión de los actos nulos de gravamen o no favorables, operaran las garantías establecidas, en atención a las exigencias del orden jurídico, y los interesados no se vieran desprovistos de la denominada 'acción de nulidad', precisamente en relación con los actos onerosos o desfavorables».*

El artículo 102.1 consagra, por otro lado, el carácter imprescriptible de la acción de nulidad, que el interesado puede ejercitar *en cualquier momento*, esto es, con posterioridad a la terminación de los plazos normales de recurso que, como es sabido, son plazos muy fugaces de caducidad¹³.

La nulidad de pleno derecho tiene, además, el carácter de vicio de orden público¹⁴, lo que explica que puede ser declarado de oficio por la propia Administración e incluso por los Tribunales, aun en el supuesto de que nadie haya solicitado esa declaración¹⁵.

La Ley 4/1999 pone fin a una larga polémica al sustituir la expresión «podrán declarar» que utilizaba la redacción anterior de la Ley 30/1992 (que, a su vez, seguía las huellas del artículo 109 de la LPA de 1958), por la expresión «declararán», con lo que queda claro que este precepto esta-

¹³ Con todo, la imprescriptibilidad del plazo para instar la revisión de oficio tiene un límite en lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley, que da prevalencia al principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad al impedir de forma tajante que se ejerciten las facultades de anulación y revocación «cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, dicho ejercicio pugne con la equidad, el derecho de los particulares o las leyes». El carácter restrictivo con el que se contempla el ejercicio de la revisión de oficio, conlleva una necesaria limitación de los efectos típicos de la nulidad, limitación que se impone cuando concurren otros principios jurídicos de obligada observancia (protección de la buena fe o del tercero inocente o de la confianza legítima generada por el acto viciado, etc.).

No obstante, la referencia a los plazos de «prescripción de acciones» no se puede identificar con los cortos plazos de caducidad establecidos para impugnar los actos administrativos, pues tal equiparación convertiría en letra muerta el plazo de cuatro años que el artículo 103 dispone para que se declare la lesividad de los actos anulables, y dejaría sin sentido el carácter imprescriptible de la acción de nulidad que consagra el artículo 102 de la Ley 30/1992.

¹⁴ Esto es, trasciende al puro interés de la persona a la que afecta y repercute sobre el orden general.

¹⁵ Este carácter de orden público entraña, en efecto, que un tribunal puede declarar de oficio, por propia iniciativa, la nulidad de un acto. Este pronunciamiento, además, se antepone y excluye cualquier otro, incluso el relativo a la admisibilidad del recurso. Es indiferente, por tanto, que el recurso jurisdiccional se haya interpuesto fuera de plazo o por persona no legitimada, que el acto nulo objeto del mismo sea confirmatorio o reproductorio de otro anterior firme y consentido o que concurra cualquier otra causa de inadmisibilidad.

blece una verdadera acción de nulidad en sentido propio y no una simple petición graciable que la Administración pueda o no atender. El ejercicio de una acción de nulidad entraña, en todo caso, el derecho a obtener un pronunciamiento expreso sobre la nulidad del acto contra el cual la acción se dirige. No se deja en libertad a la Administración para resolver o no sobre la petición formulada por el interesado¹⁶.

En el supuesto de que, ante la acción de nulidad interpuesta, la Administración permaneciese inactiva, dando lugar a una denegación presunta por silencio, o dictase una resolución expresa denegatoria que rechazase inicialmente la petición de nulidad sin audiencia de los interesados y sin someterla al trámite previsto en el artículo 102 del dictamen previo, preceptivo y vinculante del Consejo de Estado, al interesado le queda abierta la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa para recurrir contra estos actos denegatorios.

En este caso, si el interesado acudiese, en efecto, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la sentencia de revisión de 7 de mayo de 1992 (Ar. 10673), cuyo ponente fue Pablo García Manzano, ha sentado la doctrina, seguida por toda la jurisprudencia, de que lo procedente no es que la jurisdicción entre directamente a examinar la validez o invalidez del acto o del reglamento sujeto a revisión, sino que ordene a la Administración demandada que siga los trámites del artículo 102, recabando el dictamen del Consejo de Estado y resolviendo expresamente si se ha producido o no la nulidad radical pretendida¹⁷. Todo ello *salvo que la pretensión careciera con toda evidencia de un fundamento hipotéticamente razonable*¹⁸.

¹⁶ Veremos, más adelante, que la diatriba que ha provocado, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, la interpretación del término «podrán» –término que resurge ahora en la nueva redacción del artículo 102.2 de la Ley 30/1992–, carece de sentido si se examina el origen histórico del artículo 109 de la LPA de 1958.

¹⁷ Respecto de la nulidad absoluta predicable de las normas reglamentarias, señala el Fundamento 3º de esta sentencia que «se somete a este mismo régimen jurídico, bien que con la matización procedimental de la aplicación, en lo pertinente, de la regulación contenida en la vieja y aún vigente Orden de 12 de diciembre de 1960».

Esta doctrina asentada condiciona, pues, el examen de fondo, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o del reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado. En este mismo sentido, consúltense las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1995 (Ar. 5972) y de 20 de septiembre de 1995 (Ar. 7900).

¹⁸ En otro fragmento de esta sentencia de 7 de mayo de 1992 se dice que «si en la fase que cierto sector de la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo han calificado como de 'revisión informal', la Administración activa impulsora del procedimiento del artículo 109 apreciase, con razonable fundamento y motivación, que no existe en modo alguno, de manera ostensible e indubitada, motivo alguno de nulidad radical que conduzca a la pretendida declaración de nulidad, nada le impide resolver denegando la prosecución del trámite, sin someter a la consulta del Consejo de Estado

Esta referencia a la carencia de un fundamento hipotéticamente razonable de la pretensión formulada enlaza estrechamente con otra importante innovación de la Ley 4/1999. Se trata de la que introduce el número 3º del artículo 102, que contempla la posibilidad de hacer frente a las solicitudes de revisión faltas de fundamento o puramente temerarias. Así lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley de reforma:

«en materia de revisión de oficio, en el artículo 102, se introduce un trámite de inadmisión de las solicitudes de los interesados, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma».

El órgano competente para resolver tiene, pues, la posibilidad de acordar motivadamente la inadmisión a trámite de dichas solicitudes de declaración de nulidad, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. Así sucede en tres supuestos: cuando no se basen en causa de nulidad alguna, cuando carezcan manifiestamente de fundamento o cuando se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. Este acuerdo de inadmisión, al impedir la continuación del procedimiento será, no obstante, recurrible en vía administrativa (artículo 107.1 de la vigente Ley 30/1992) o contencioso-administrativo (artículo 25.1 de la LJ).

Detengámonos brevemente en el examen de estos supuestos¹⁹:

Por lo que se refiere al primero, de inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas «cuando no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62», es preciso que tal extremo se aprecie «prima facie» a la vista del escrito del interesado, sin que conduzca a una valoración de fondo, por elemental que sea, sobre la concurrencia o no de alguna de ellas.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, de inadmisión de las solicitudes porque «carezcan manifiestamente de fundamento», entraña un juicio previo del que dependerá la continuación del procedimiento o su terminación de plano. Para que la carencia de fundamento sea, en efecto, manifiesta, se requiere claridad, evidencia, notoriedad y certeza en la percepción, aun cuando se produzca la invocación de alguna causa de nulidad²⁰.

una petición de nulidad carente de la más mínima base, ya que de lo contrario se convertiría al Alto Cuerpo Consultivo en Órgano a disposición de los particulares ejercitantes de dicha acción y no del Gobierno y de la Administración» (FJ 4º).

¹⁹ Utilizamos, para perfilar los rasgos característicos de cada uno de los supuestos de inadmisión mencionados, las reflexiones que el Consejo de Estado realiza en su Dictamen 5356/97 aprobado en Pleno en la sesión celebrada el día 22 de enero de 1998.

²⁰ Apostilla aquí el Consejo de Estado que, en este supuesto, «[puede] no ser fácil la delimitación de los casos en que proceda la inadmisión de aquellos en que la solí-

El tercer y último supuesto plantea menor dificultad, por lo que el Consejo de Estado no se detiene en su glosa.

Esta innovación de la Ley 4/1999, al reflejar diferentes causas de inadmisión de solicitudes de declaración de nulidad, tiene interés porque evitará seguir una tramitación inútil cuando sea manifiesta la falta de fundamento de la petición.

La Ley 4/1999 ha suprimido la remisión que a las disposiciones del Título VI de la Ley 30/1992 se contenía en el número 2 del artículo 102, reiterándose únicamente la exigencia del «dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere». La supresión de esta remisión no puede interpretarse en el sentido que no se exija la audiencia de los interesados según el artículo 84 de la Ley 30/1992 en este supuesto de que el procedimiento tuviese por objeto la nulidad de un acto o de una disposición. Si se tratase de una disposición de carácter general, podría estimarse que el trámite se puede evacuar en los mismos términos que están previstos para la aprobación de una disposición de carácter general [artículo 24 c), d) y e) de la Ley del Gobierno].

El procedimiento terminará normalmente por resolución, que podrá establecer las indemnizaciones que procedan, como dispone el número 4 del artículo 102 (equivalente al número 3 del texto anterior a la Ley 4/1999)²¹. Adviértase que la redacción de ese número 4, extiende el posible reconocimiento de indemnización a los casos de declaración de la nulidad *de una disposición*, mientras que la precedente redacción del número 3 la refería únicamente a la resultante de la declaración de nulidad de un acto.

Por último, la Ley 4/1999 introduce un nuevo inciso en el número 5 del artículo 102 al establecer que, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin que se hubiese dictado resolución producirá la caducidad del mismo; si, por el contrario, se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo (artículo 42.3 de la vigente Ley 30/1992).

cidad deba desestimarse o de aquellos en que corresponda su subsanación y mejora (artículo 71 en relación con el 70) o en que, incluso, el escrito del interesado pueda ser objeto de recalificación (artículo 110.2)».

²¹ Es preciso, para que proceda dicha indemnización, que el daño sea antijurídico –porque el afectado no tenga el deber jurídico de soportarlo–, efectivo o real –no bastando que sea potencial o posible–, evaluable económicamente –esto es, susceptible de proporcionada compensación con un beneficio económico o medible en dinero– e individualizado con relación a una persona o grupo de personas –porque se trate de un daño concretado en el patrimonio del afectado y que no constituya una carga común que todos los administrados tengan el deber jurídico de soportar–.

4. Especial referencia a la revisión de oficio de los reglamentos

La Ley 4/1999 establece expresamente la posibilidad de seguir este procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de las disposiciones de carácter general, con lo que se aclara el equívoco que creó el artículo 102 de la Ley 30/1992 antes de su modificación. Este precepto se remitía al artículo 62.1, referido a la nulidad de los actos y no a la nulidad de las disposiciones, nulidad ésta última contemplada en el número 2 de dicho artículo 62.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 30/1992, se presentaron enmiendas al artículo 102, tanto en el Congreso como en el Senado, postulando que en el artículo 102 se incluyeran como posible objeto de la revisión de oficio las disposiciones administrativas de carácter general viciadas de nulidad de pleno derecho. Estas enmiendas fueron rechazadas sin expresar las razones que lo justificaban. Ello llevó a algunos autores a sostener que con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se había suprimido la revisión de oficio de los reglamentos, quedando como única vía la de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa²².

Sin embargo, el Consejo de Estado en Pleno, en virtud del dictamen número 524, de 30 de noviembre de 1995, señaló que el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho es incompatible con la pervivencia de un reglamento ilegal. Por ello, advertido el vicio de nulidad, había de reconocerse, sin necesidad de texto legal expreso que lo ratificase, la obligación de la Administración de eliminar dicho reglamento. De lo contrario, además, podría llegar a suceder que la Constitución o las leyes se vieran desplazadas por el mismo, con sólo que no fuera impugnado por un interesado dentro de los plazos de recurso que la Ley habilita. La supresión de la indicada potestad de revisión de los reglamentos no podía, tal como indicaba el dictamen, «construirse desde el silencio»²³.

²² Se trataba de la única vía de impugnación porque, como es sabido, la Ley 30/1992 dispuso que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabía recurso en vía administrativa (artículo 107.3).

²³ Recogemos un pasaje del dictamen ilustrativo de lo que decimos: «De esta diferencia entre el artículo 102 de la Ley 30/1992 y el artículo 109 de la Ley de 17 de julio de 1958, sin una voluntad expresa del legislador explicativa del cambio legislativo, sería equivocado inferir una voluntad de eliminar del ámbito de la revisión de oficio las disposiciones reglamentarias que, por oposición a la ley, son nulas de pleno derecho».

La falta de previsión de la revisión de oficio de los reglamentos planteaba un problema en cuanto al procedimiento para acordar su declaración de nulidad, que ahora carecía de regulación. Por razones de analogía, que abona el artículo 4 del Código civil, se siguió considerando exigible el dictamen favorable del Consejo de Estado, pues habría sido un contrasentido que esa garantía de objetividad se reclamase sólo

Un problema que plantea la nueva redacción es que, de acuerdo con el artículo 102.2, parece que sólo la Administración es competente para poner en marcha el procedimiento de revisión de las disposiciones administrativas de carácter general, pues el artículo 102.2, a diferencia del 102.1, permite incoarlo de oficio, pero no contempla que se solicite por cualquier interesado, a través de la acción de nulidad, como en el caso de los actos. Esta interpretación encuentra un refrendo en la Exposición de Motivos de la Ley de modificación que, en su parágrafo V, indica que «se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad»²⁴. A nuestro juicio, sin embargo, esta restricción no resulta admisible.

No es admisible porque carece de toda lógica que la depuración de la ilegalidad de los reglamentos tenga un tratamiento más restrictivo que la de los actos. Téngase en cuenta que es mayor la perturbación que para el ordenamiento jurídico ocasiona la invalidez de un reglamento que la que ocasiona la invalidez de un acto administrativo. Así se desprende, por lo demás, de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1984 –Ar. 6560–²⁵ que, entre otras consideraciones, señala lo siguiente: «ningún obstáculo se opone a la procedencia de la acción de nulidad respecto a Reglamentos, como ha admitido la doctrina, dado que sería un contrasentido, situados en el contexto jurídico de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el control jurisdiccional diseñado por la Ley de 27 de diciembre de 1956, el estimar imprescriptible la acción impugnatoria frente a los actos administrativos viciados de nulidad de pleno derecho, y mantener, en cambio, impugnación frente a normas reglamentarias sujeta al rigor de los plazos preclusivos de los recursos y a las limitaciones en cuanto a la legitimación activa que la última de las citadas leyes establece, siendo así que la depuración de ilegalidades de los Reglamentos, dada la mayor perturbación para el Ordenamiento jurídico que su invalidez supone, reclama un tratamiento jurídico menos restrictivo; por lo que no hay dificultad alguna para que la acción de nulidad (...) se ejercite por particulares legitimados frente a Reglamentos o disposiciones generales».

Una diferencia de régimen jurídico entre los actos administrativos y los reglamentos estriba en que los actos no pueden ser dejados sin efecto si no es a través de un procedimiento de revisión de oficio, mientras que

para la revisión de los actos administrativos cuando, tanto en este caso como en el de los reglamentos ilegales, el juicio técnico del alto órgano consultivo cumple idéntica función.

²⁴ En su parágrafo V se dice, en efecto, que «se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad».

²⁵ El Ponente de esta sentencia fue, también, Pablo García Manzano.

los reglamentos pueden ser dejados sin efecto con la simple aprobación de una norma posterior que derogue la anterior.

La revisión de oficio del reglamento es una técnica más enérgica que la de simple derogación del reglamento, pues trasciende a las situaciones nacidas o creadas bajo su vigencia. No obstante, esta eficacia retroactiva que la revisión de oficio posee respecto de los actos dictados en su aplicación²⁶ estaba sujeta, en la LPA de 1958 a una matización, pues en atención al principio de seguridad jurídica se exigía, para que la nulidad afectase a los actos dictados en su aplicación, que dichos actos no fueran firmes, bien porque no hubiesen transcurrido todavía los plazos de impugnación de los mismos, bien porque estuvieran todavía pendientes de resolución los recursos administrativos eventualmente interpuestos contra ellos (artículo 120 de la LPA de 1958; hoy inciso final del artículo 102.4 de la reforma que opera la Ley 4/1999). Quedaban así –y quedan hoy– a salvo las situaciones jurídicas consolidadas.

La pregunta que debemos hacernos es si la Administración, en la presencia de un reglamento viciado de nulidad, viene obligada a declarar la nulidad de pleno derecho a través de un procedimiento de revisión de oficio, o si basta con la derogación. El problema, ya antes de la modificación que opera la Ley 4/1999, se reducía a decidir cómo se interpretaba el término «podrán», término que resurge ahora en la redacción del artículo 102.2.

E. García de Enterría y T. R. Fernández consideraban que ese término no debía interpretarse en el sentido de que la Administración estuviera simplemente facultada o habilitada por la Ley para anular el reglamento ilegal, pudiendo en consecuencia, hacerlo o no hacerlo²⁷.

Esta interpretación es compartida por R. Bocanegra. Refiriéndose al artículo 109 de la LPA de 1958 y al artículo 102 de la Ley 30/1992 en su versión originaria, indica este autor que tales preceptos no contienen una atribución discrecional de facultades a la Administración que deje la decisión última a su libre apreciación. El examen del origen histórico del artículo 109 de la LPA de 1958 le permite concluir que nos encontramos ante una acción de nulidad y no ante una mera *denuncia* o petición graciable. Señala, así, que los redactores del artículo 109 de la LPA de 1958 tuvieron a la vista un texto italiano, en concreto el artículo 6 del *Testo unico della legge comunale e provinciale* de 3 de marzo de 1934, n. 383. Dicho artículo establecía lo siguiente: «*Il Governo ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare di ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di*

²⁶ La derogación, sin embargo, opera *ex nunc*, es decir, a partir del momento en que aparece la norma nueva que deroga la anterior –efectos sólo hacia el futuro–.

²⁷ Vid. E. García de Enterría-T.R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Civitas, 10ª ed., Madrid, 2000, págs. 611 y 612.

Stato, gli atti viziati di incompetenza, eccesso di potere o violazioni di leggi o di regolamenti generali o speciali». El precepto fue tomado como modelo, si bien el legislador español introdujo rectificaciones o modificaciones en su enunciado. Sustituye, así, la expresión *ha facoltà* por «podrá», precisamente porque con anterioridad a la promulgación de la LPA de 1958 la Administración no podía declarar de oficio la nulidad de sus propios actos. Esta última es la única razón que explica la utilización del término «podrá» y no el propósito de introducir una facultad que deje a la Administración la decisión de utilizar o no dicha técnica. En segundo lugar, se sustituye la referencia a la *denunzia* por la llamada a la «instancia» (LPA de 1958) o a la «solicitud» (Ley 30/1992), términos estos que constituyen a la Administración en la obligación de resolver, como se desprende del artículo 42 de la Ley 30/1992 antes y después de su modificación²⁸.

Si el vicio concurre, la Administración se encuentra, pues, en el deber de declarar la nulidad del reglamento, no pudiendo recurrir al expediente de su derogación. Otra interpretación, apostillan estos autores, sería contraria al deber general de inaplicar el reglamento ilegal²⁹.

La gravedad de la decisión a adoptar exige que el análisis del reglamento presuntamente ilegal (por la existencia de un vicio en su elaboración o en su contenido) se rodee de las mayores garantías técnicas. Resulta capital, de este modo, el sentido del dictamen previo, preceptivo y vinculante del Consejo de Estado, al que el artículo 102.2 hace árbitro de la decisión. Depende, en efecto, de su opinión o juicio técnico la procedencia o no de la declaración de nulidad del reglamento. Si no es favorable a la declaración de nulidad, la Administración no puede acordarla pero sí proceder a la derogación pura y simple del reglamento.

Pero además, a favor de la revisión de oficio y en contra de la derogación se alzan las situaciones jurídicas nacidas al amparo del reglamento supuestamente ilegal, porque los eventuales favorecidos por dicho reglamento tienen un interés que impide que se elimine por la vía de la derogación y reclama un procedimiento garantista como el de la revisión de oficio. Procedimiento, en efecto, que protege las posiciones jurídicas de los que, con la eliminación del reglamento, van a resultar o pueden resultar perjudicados. En esto radica la necesidad de que se siga el procedimiento de revisión de oficio.

²⁸ Vid., de este autor, *Anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, págs. 51 a 57.

²⁹ El deber general de inaplicación de los reglamentos ilegales que resulta de la superioridad de la Ley formal se traduce para la Administración autora de los mismos en un deber de proceder, incluso de oficio, a la declaración de su nulidad desde el momento mismo en que aprecie la existencia del vicio que la determina, o sea advertida de ello por cualquier interesado.

5. La anulación de los actos favorables a los interesados. Eliminación de la posibilidad de revisarlos de oficio

Respecto de los actos anulables favorables o declarativos de derechos, la Ley 4/1999 ha eliminado la posibilidad de revisarlos de oficio. La Ley reformada exige que la Administración, cuando quiera apartarse de dichos actos, proceda a la declaración de lesividad de los mismos y a su ulterior impugnación en la vía contencioso-administrativa³⁰. El artículo 103.1 le obliga a adoptar el papel, para ella excepcional, de postulante de la tutela judicial.

Al eliminar dicha posibilidad, la Ley 4/1999 rompe con lo dispuesto por el artículo 37 de la LRJAE de 1957 para los casos en que los actos declarativos de derechos infringieran manifiestamente la Ley, disposición que más tarde recogió la LPA de 1958 en su artículo 110 y que la versión inicial del artículo 103 de la Ley 30/1992 amplió a los supuestos de infracción grave de normas reglamentarias.

La Exposición de Motivos de la Ley, al referirse a esta modificación, señala lo siguiente:

«En cuanto a los actos anulables se elimina la potestad revisora de la Administración prevista en el artículo 103, con lo que se obliga a la Administración pública a acudir a los Tribunales si se quiere revisarlos, mediante la pertinente previa declaración de lesividad y posterior impugnación, eliminando también la posibilidad de que los ciudadanos utilizasen esta vía que había desnaturalizado por concepto el régimen de los recursos administrativos. De esta forma, se colocan Administración y ciudadanos en una posición equiparable».

La referencia concreta a la utilización por los ciudadanos del procedimiento de revisión de oficio de los actos anulables cobra aquí un particular interés, pues la doctrina, de forma unánime, había criticado la modificación que el artículo 103.1 de la Ley 30/1992 en su versión inicial había introducido al admitir que dicha declaración de nulidad pudiera acordarse a solicitud de un interesado. Así lo manifestaron los profesores García de Enterría y T.-R. Fernández, ya en la sexta edición de su Curso de Derecho Administrativo, al señalar:

«La ampliación de los poderes de revisión de oficio es tanto más grave cuanto que a la modificación de la normativa anterior consistente en extender la revisión a los actos que infrinjan gravemente normas de rango simplemente reglamentario se han unido por el nuevo artículo 103 de la LPC otras innovaciones que militan en la misma dirección. Por una parte,

³⁰ Como es sabido, por actos declarativos de derechos ha de entenderse aquellos que enriquecen el patrimonio de sus destinatarios con un derecho antes inexistente o que liberan un derecho preexistente de algún límite de ejercicio.

la apertura de la revisión de oficio de los actos anulables 'a solicitud del interesado'.

Tal posibilidad sólo se admitía antes en relación a los actos nulos de pleno derecho y ello en razón del carácter imprescriptible de la acción de nulidad, acorde con la naturaleza propia de la nulidad de pleno derecho y su trascendencia para el orden público general. La admisión de la revisión de oficio de los actos anulables 'a solicitud del interesado' durante un plazo de cuatro años, amén de carecer de toda justificación técnica, viene a identificar impropiamente la revisión de oficio y el régimen de recursos, que son dos instituciones diferentes y obedientes por ello a principios distintos, proyectando así una sombra de inseguridad jurídica injustificada e insoportable durante el plazo indicado sobre todo el inmenso campo de situaciones subjetivas creadas por los actos administrativos (autorizaciones, licencias, concesiones, becas, subvenciones, pensiones, sueldos y salarios, títulos académicos y profesionales, etc., etc., etc.), cuya estabilidad y certidumbre requerirán a partir de ahora una larga espera de cuatro años del todo incompatible con el dinamismo de la sociedad de nuestros días y con las exigencias del tráfico jurídico»³¹.

Ahora, tras la reforma, el procedimiento de declaración de lesividad y posterior impugnación sólo se puede iniciar de oficio por las Administraciones Públicas y no a instancia de los interesados. Por eso el artículo 103.3 de la Ley contempla la caducidad como única modalidad de terminación o finalización del procedimiento.

Dentro de este procedimiento iniciado de oficio, habrá que dar audiencia a cuantos aparezcan como interesados en el acto. Esta audiencia se regirá por la norma general del artículo 84 de la Ley 30/92. De este modo, instruido el procedimiento de declaración de lesividad e inme-

³¹ Vid, de los autores citados, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pág. 630. La explicación, que no justificación, de la introducción de esa acción en manos de los particulares se encuentra, dice Raul Bocanegra, en «las críticas, sobre el soporte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución, que suscitaba en nuestra doctrina lo exiguo de los plazos para la interposición de los recursos, contados por días, frente a los generosos plazos civiles, y su carácter de requisito *sine qua non* para el acceso al recurso jurisdiccional». Y continúa: «la solución ofrecida por el legislador no es, sin embargo, convincente, ya que en vez de abordar el problema directamente, ampliando los plazos de recurso en un periodo razonable, y declarando la vía administrativa previa al contencioso como meramente potestativa, se ha preferido crear una figura paralela a la acción de nulidad de pleno derecho del artículo 103 de la antigua LPA (...). Dicha solución atenta, por el contrario, en una hipertrofia evidente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contra los postulados mínimos de la seguridad jurídica, al crear un período de incertidumbre en el ejercicio de los derechos respecto a los destinatarios de actos beneficiosos susceptibles de tener efectos frente a terceros (actos con *Drittwirkung*), nada menos que de cuatro años. Solución ésta, por lo demás, que hasta donde se nos alcanza, no tiene parangón en el Derecho comparado» (*Anulación de oficio de los actos administrativos*, *op. cit.*, págs. 64 y 65).

diatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto las actuaciones a los interesados o, en su caso, a sus representantes.

No debemos concluir este apartado sin hacer una referencia, siquiera sea somera, al sentido que tiene la previa declaración formal de lesividad para el interés público. Dicha declaración no es más que un acto administrativo dictado con la finalidad de abrir la vía procesal. Opera, en efecto, como presupuesto del proceso que incoa una Administración pública para anular uno de sus actos favorables³². En este aspecto, el artículo 43 de la LJ dispone que «cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público»³³.

Está muy lejos y es sólo un recuerdo histórico la vieja exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, de la que ya la LJ de 1956 prescindió. Basta, pues, que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y eventualmente anulado por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa a instancias de la propia Administración. Esta declaración de lesividad –dice el artículo 103.2 de la Ley 30/1992 en su actual versión– «no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan interesados en el mismo». Más allá de ese plazo, el acto anulable, cualesquiera que sean los vicios de que adolezca, no podrá ya ser atacado.

Adviértase, por último, que el artículo 103,2, al referirse a la declaración de lesividad, la contempla tan sólo para los actos administrativos, sin exigir que se trate de actos que agoten la vía administrativa. No se contempla, sin embargo, respecto de los reglamentos. La razón que explica esta exclusión se cifra, a nuestro juicio, en que el vicio de que adolece un reglamento es siempre, como es sabido, un vicio de nulidad de pleno derecho (artículo 62.2 de la Ley 30/1992), por lo que no tiene sentido que se le aplique una técnica pensada para un régimen de anulabilidad. En lo que se refiere a los contratos, será admisible respecto de los actos separables favorables a los interesados.

³² Al tratarse de un mero presupuesto procesal, no tiene otro valor que el de autorizar la admisión y tramitación del recurso de lesividad. Ahora bien, es el órgano jurisdiccional competente el que tendrá que declarar si efectivamente existe lesión y, en tal caso, anular el acto que la ha ocasionado.

³³ El plazo para interponer el recurso de lesividad es el general de dos meses «a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad» (artículo 46.5 de la LJ).

6. La competencia sobre la declaración de lesividad

Por lo que se refiere a los requisitos subjetivos, ha de señalarse que competente para declarar la lesividad es la Administración que dictó el acto en relación con el cual se va a formular la pretensión de anulación. Ninguna Administración podrá declarar lesivo un acto de otra Administración.

La antigua redacción del artículo 103 de la Ley 30/92 precisaba, en su número 3, el órgano de la Administración del Estado al que correspondía la competencia para efectuar la declaración de lesividad. Lo hacía concretando el rango de la disposición con la que tal declaración tenía lugar: «si el acto [provenía] de la Administración General del Estado», señalaba, «la declaración de lesividad se realizará mediante *Orden ministerial* del Departamento autor del acto administrativo, o bien mediante *acuerdo del Consejo de Ministros*».

La nueva redacción del precepto omite tal precisión³⁴, como también la omite el texto del artículo 43 de la LJ de 1998³⁵. Esta laguna no es cubierta, tampoco, por la LOFAGE, cuyo artículo 13, núm. 11, asigna a los Ministros la competencia de «resolver los recursos administrativos y declarar la lesividad de los actos administrativos cuando les corresponda».

La imprecisión sólo puede completarse por vía interpretativa. Desde este punto de vista, parece razonable la atribución de la competencia a los Ministros titulares de cada Departamento como «jefes superiores» de éstos (artículo 11.1 de la LOFAGE). A ellos corresponderá declarar la lesividad de los actos de su Departamento. Cuando el acto emanare de la Administración del Estado y la declaración no revistiese la forma de Orden ministerial, será el Consejo de Ministros quien la pueda acordar³⁶. Por lo demás, la previsión del artículo 56.3 de la LJ de 1956 cuando dispone que los actos dictados por un Departamento ministerial no podrán ser declarados lesivos por Ministro de distinto ramo, nos parece perfectamente asumible, si acaso con la rectificación ahora, ante la even-

³⁴ Establece, únicamente, que «si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad *se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia*» (artículo 103.4).

³⁵ Sin embargo, el artículo 56 de su antecesora, la LJ de 27 de diciembre de 1956, sí contemplaba la cuestión, al precisar, para el caso de que el acto emanase de la Administración del Estado, que la declaración de lesividad debía revestir la forma de Orden ministerial. Puntualizaba, asimismo, que si los actos eran dictados por un Departamento ministerial, su lesividad no podía ser declarada por un Ministro de distinto ramo, pero sí en virtud de Orden acordada en Consejo de Ministros.

³⁶ Así lo establecía –ya lo hemos visto– el artículo 103.3 en su primera redacción y podía desprenderse también del artículo 56.2 de la LJ de 1956.

tual discrepancia de los titulares de los diferentes Departamentos, de que resuelva el Presidente del Gobierno, pues tiene conferida la competencia de «resolver los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios» [artículo 2.2.1) de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997].

En las Comunidades Autónomas se aplican, por regla general, los mismos criterios establecidos para la Administración del Estado. Corresponde la declaración de lesividad al Consejero competente o, en su caso, al Consejo de Gobierno. Así se desprende, entre otros, de los artículos 55.b) del Decreto Legislativo de 3 de julio de 2001, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón³⁷ o 25.2 y 3 de la Ley de 13 de marzo de 1995 sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias³⁸. En algunos casos, sin embargo, la competencia se atribuye necesariamente a uno de ambos órganos (así, el artículo 77.2 de la Ley de 28 de abril de 1997 de régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria³⁹).

Particularmente interesante es la regulación que ofrece la Ley de 9 de abril de 1999, de adecuación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley estatal 4/1999, de 13 de enero. Su artículo 6, que modifica el artículo 53 de la Ley de 13 de diciembre de 1983, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, prevé ahora una regulación de la revisión de oficio y de la declaración de lesividad, regulación que no se establecía en esta Ley precedente. El nuevo texto del artículo 53, en sus números 4 y 5, dispone lo siguiente:

«4. Serán competentes para resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos administrativos nulos, declarar la lesividad de los anulables y revocar los de gravamen o desfavorables:

³⁷ Señala este precepto que «la revisión de los actos anulables exigirá la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa tras la declaración de lesividad mediante Orden del Consejero titular del Departamento del que emane el acto o al que esté adscrito el organismo público que lo haya dictado, o, en su caso, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón».

³⁸ Dice el artículo 25.2 de esta ley asturiana que «la declaración previa de lesividad, en los casos en que legalmente proceda, será competencia del titular de la Consejería respectiva, salvo que por razón de la materia la competencia correspondiera al Consejo de Gobierno o Comisión Delegada, en cuyo caso la declaración previa de lesividad se hará por acuerdo de aquél». Por su parte, el artículo 25.3 apostilla que «la declaración de lesividad de los actos emanados de organismos públicos de la Administración del Principado de Asturias dotados de personalidad jurídica propia será competencia del titular de la Consejería a la que estuvieran adscritos».

³⁹ A tenor de este precepto «la declaración previa de lesividad para los actos anulables se adoptará siempre por el Consejo de Gobierno».

a) El Presidente, el Gobierno y sus Comisiones delegadas, respecto de sus propios actos en cada caso.

b) Los Consejeros, respecto de sus propios actos y de los dictados por los órganos de ellos dependientes.

c) Los Consejeros, respecto de los actos dictados por los Consejos de administración de los Organismos autónomos y Entes de derecho público, salvo que su Ley de creación disponga otra cosa.

Los Consejos de administración de los Organismos autónomos y Entes de derecho público, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes»⁴⁰.

Por otra parte, si el acto proviene de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se ha de adoptar por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad (artículo 103.5 de la nueva versión y artículo primero cuarta y séptima de la Ley de 21 de abril de 1999, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas⁴¹).

7. Revocación de los actos de gravamen

La referencia específica que el artículo 110 de la LPA de 1958 efectuaba a los *actos declarativos de derechos*, al disponer que su anulación exigía, en todo caso, la sujeción a un procedimiento formal, permitía entender, en una interpretación *a contrario*, que la revocación de los actos de gravamen podía hacerse libremente⁴².

⁴⁰ El precepto recoge aún otros apartados referidos a la competencia respecto de la revisión de oficio de los actos administrativos nulos, la declaración de lesividad de los anulables y la revocación de los de gravamen o desfavorables:

«d) Los órganos previstos en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma, respecto de los actos administrativos en materia tributaria.

e) El Gobierno, respecto de la revisión de oficio de las disposiciones administrativas de carácter general».

Por último, en su número 5 se refiere a la rectificación de los errores materiales, de hecho o aritméticos, señalando que «corresponderá al propio órgano que haya dictado el acto».

⁴¹ Consúltense la nueva redacción que en el texto de esta Ley de 21 de abril de 1999 reciben los artículos 22.2.k) (actos de los Ayuntamientos) y 33.2.j) (actos de las Diputaciones), ambos de la LBRL de 1985.

⁴² Son actos de gravamen, según la sentencia del TSJ de Cantabria de 4 de noviembre de 1996 (RJCA 1741), «aquellos que limitan la esfera jurídica de los administrados, imponiéndole una carga o restringiéndole un derecho».

Partiendo de esta premisa, ha de afirmarse que la revisión de los actos favorables cabe únicamente en los supuestos y por el procedimiento garantista que regulan los artículos 102 y 103 de la vigente Ley 30/1992.

Por el contrario, si los actos son de gravamen o desfavorables, puede volverse sobre ellos, a fin de privarles de efectos, sin sujeción a tal procedimiento. Con todo, hay que hacer una salvedad a esta afirmación pues, como ya se ha señalado, cuando dichos actos adolecen de un vicio de nulidad de pleno derecho, su declaración de nulidad debería realizarse, según apunta el Consejo de Estado, en los términos del artículo 102 (Dictamen del Consejo de Estado 5356/1997, aprobado en Pleno en la sesión de 22 de enero de 1998).

Este principio que permite volverse sobre los actos de gravamen sin sujeción a un procedimiento formal, se consagró expresamente en el artículo 105 de la Ley 30/1992 en su primitiva versión, facultando a las Administraciones Públicas a revocar esta clase de actos en cualquier momento, «siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico»⁴³. Esta formulación resultaba, sin embargo, excesivamente inespecífica y genérica, pues no aludía a los supuestos habituales en que concurre la excepción entrecomillada, esto es, a aquellos casos en que el ordenamiento jurídico reconoce derechos y libertades fundamentales que por sí solos se oponen a la libre revocación de los actos administrativos (de modo especial, el principio de igualdad ante la Ley) o a aquellos otros en que la Administración trata de introducir una dispensa o derogación singular que se oponga al principio de vinculación general de ésta a la Ley⁴⁴.

La Ley de 13 de enero de 1999 ha sido sensible a estas observaciones, introduciendo en su artículo 105.1 una redacción más matizada, que habilita a las Administraciones públicas a la revocación de los actos desfavorables o de gravamen en cualquier momento, pero «siempre que no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o [que] sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico»⁴⁵.

⁴³ Dice así el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, antes de su modificación: «Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos, expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico».

⁴⁴ Vid, en este sentido, E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 10ª ed., *op. cit.*, pág. 652. Recuerdan estos autores que esta prohibición rige también, como es bien conocido, con relación a las normas reglamentarias que la Administración elabora (así, artículos 52.2 de la Ley 30/1992 o 57.3 de la LS de 1976, entre otros).

⁴⁵ La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 se hace eco de esta innovación al señalar que «en materia de revocación de actos, el nuevo artículo 105 refuerza sus

La legislación tributaria ofrece distintos ejemplos de la primera matización (que la revocación no constituya dispensa o excepción *no permitida por las leyes*). Establece así que, en todo caso, se regulará *por ley* la concesión de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías o moratorias [artículos 10 f) y 69 de la LGT y 69 del Reglamento General de Recaudación]. También la condonación de sanciones tributarias es regulada por la propia Ley General Tributaria en los términos que establece su artículo 89.

Por lo que se refiere a la segunda matización (que la revocación *no sea contraria al principio de igualdad o al interés público*), la aplicación del principio de igualdad supone la interdicción de cualquier trato discriminatorio como el que tendría lugar si se revocase un acto de gravamen respecto de un administrado, sin que la misma medida se adoptase en el caso de actos idénticos que afectaran a otros administrados. En lo que se refiere al interés público, recuérdese que se trata de un concepto jurídico indeterminado que la Administración ha de ponderar en cada caso concreto (sin perjuicio del ulterior control por los Tribunales), habida cuenta que no es igual en cada momento ni en todas las circunstancias.

En el tema relativo a la legitimación para incoar el procedimiento de revocación, el artículo 105 de la Ley 30/1992, antes y después de su modificación, se refiere únicamente a las «Administraciones Públicas». La falta de reconocimiento de legitimación a los interesados para iniciar este procedimiento tal vez se explique en el razonamiento que aporta la sentencia de 6 de septiembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: «Lo contrario, es decir, el reconocimiento a los ciudadanos de legitimación para instar la incoación del procedimiento de revocación, supondría un quebranto del sistema de recursos administrativos» (FJ 2º)⁴⁶.

Sin embargo, y aunque el procedimiento de revocación presupone que del acto objeto de revisión no se derivan derechos subjetivos, es po-

límites, añadiendo que no puede constituir dispensa o exención no permitida por las leyes, ni ser contraria al principio de igualdad o al interés público».

⁴⁶ Vid. el texto de esta sentencia en Ar. RJCA 1824. En este mismo sentido, consúltese, desde un punto de vista doctrinal, P. Font de Mora Sáinz, «Revisión de oficio», en el libro colectivo coordinado por P. Sala Sánchez, *Comentarios a la reforma del Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 389 y sigs., en especial págs. 427 y 428.

Con todo, la falta de reconocimiento de legitimación a los interesados choca con la propuesta que realiza el Consejo de Estado en su Dictamen 5356/1997 reiteradamente citado, pues la sugerencia de que el artículo 102 se aplique también a la revisión de los actos nulos de gravamen tiene por objeto, como proclama expresamente, facilitar que las garantías establecidas en dicho precepto operen en este caso y los interesados se vean provistos de la denominada «acción de nulidad». En otro fragmento de su texto, referido al artículo 105 de la Ley 30/1992, insiste en la aplicación del artículo 102 a la revisión de los actos nulos:

sible que durante la instrucción del procedimiento se advierta la existencia de personas titulares de intereses legítimos y directos que pudieran resultar afectados por la resolución que se dicte, en cuyo caso deberá comunicárseles la tramitación de dicho procedimiento, en los términos que prevé el artículo 34 de la Ley 30/1992.

En el artículo 105, por lo demás, se omite la referencia a los «actos expresos o presuntos» que recogía la anterior redacción del artículo 105. La supresión de la referencia a los «actos presuntos» obedece a que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, sólo existe propiamente acto presunto en el supuesto de estimación por silencio, ya que la desestimación tiene los solos efectos de dejar a los interesados abierta la vía del recurso en cada caso procedente. Los actos presuntos, al ser sólo los estimatorios, nunca serán desfavorables al interesado. Así se desprende, una vez más, del Dictamen número 5356/1997 sobre el anteproyecto de reforma de la Ley 30/1992:

«Por lo que se refiere a la inclusión de los actos presuntos, si se tiene en cuenta que el silencio negativo, es decir desestimatorio, no produce un acto administrativo presunto, sino sólo una ficción, a efectos de facilitar al administrado la impugnabilidad del acto, y que sólo caben actos presuntos estimatorios, parece difícil que un acto de gravamen o desfavorable y de sentido único (el acto favorable para uno y desfavorable para otro no está comprendido en el supuesto normativo que ahora se considera) sea presunto y, por consiguiente, susceptible de revocación por esta vía».

Por lo que se refiere al plazo, se establece que las Administraciones públicas podrán ejercer la potestad de revocación «en cualquier momento», fórmula idéntica a la que emplea el artículo 102.1 y que ya aparecía en la redacción precedente de dicho precepto⁴⁷.

«Se viene considerando aplicable [el artículo 105], en el ámbito de los actos de gravamen o desfavorables, tanto a la revocación por motivos de legalidad como de oportunidad. El ámbito de la revocación por motivos de legalidad sería aquel en que el acto es anulable o contiene cualquier infracción del ordenamiento jurídico, no el de los actos nulos de pleno derecho que ha de ser el 102, extremo éste que ha de quedar establecido, con claridad y precisión, en la norma proyectada».

⁴⁷ No se sigue, por tanto, la recomendación sugerida por el Consejo de Estado en su Dictamen 5356/1997 sobre el anteproyecto de reforma de la Ley 30/1992, recomendación de acuerdo con la cual «sería preferible, en aras de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las situaciones jurídicas, incluir expresamente en la Ley el límite de los cuatro años. Aunque el ejercicio de la facultad de revocación está también sometido a lo establecido en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de modo que una de las circunstancias que habrá de ponderarse en su aplicación –atendiendo al fundamento de la misma– será ‘el tiempo transcurrido’, para impedir su ejercicio intempestivo, refuerza, como se ha dicho, la seguridad jurídica el establecer un plazo determinado para su ejercicio».

Ya concluyendo, ha de señalarse que el órgano administrativo no puede ejercer esta potestad arbitrariamente. De ahí la exigencia de motivación, como elemento principal para el adecuado ejercicio de la discrecionalidad [artículo 54.1 f)].

8. Rectificación de los errores materiales, de hecho o aritméticos

Este punto se regula en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992. Su redacción original no ha sido alterada con la nueva Ley: «las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos».

La rectificación material de errores de hecho (errores de transcripción) o aritméticos (de simple cuenta) no supone en ningún caso la revocación del acto, de modo que, después de rectificado, el contenido del acto sigue siendo el mismo. La alteración, cambio o eliminación procura sólo evitar un posible equívoco. Esto es lo que justifica que pueda realizarse en cualquier momento y sin sujeción a ninguna formalidad.

La rectificación de errores materiales le corresponde realizarla a las Administraciones Públicas, pudiendo iniciarse de oficio o a instancia de interesado.


El plazo para llevarla a cabo es ilimitado, salvo cuando se trate de materia tributaria pues, en ese caso, el artículo 156 de la Ley General Tributaria limita esta rectificación al plazo de cinco años desde que se dictó el acto objeto de rectificación. Así sucede porque las deudas tributarias prescriben con el transcurso de dicho período de tiempo⁴⁸. Sin embargo, sería más correcto afirmar que la rectificación puede hacerse en cualquier momento, si bien «no producirá efectos económicos en cuanto hubiesen transcurrido los plazos legales de prescripción» (artículo 51.2 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico Administrativas de 1 de marzo de 1996)⁴⁹.

El error de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible; es decir, se evidencia por sí solo, sin necesidad de mayores razonamientos y se manifiesta «*prima facie*» por su sola contemplación. Por el contrario, el error de derecho existe cuando se requiere para su determinación un juicio valorativo u operación de calificación jurídica y,

⁴⁸ De acuerdo con lo que establece el artículo 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, el plazo de prescripción es hoy de cuatro años.

⁴⁹ Vid., en este mismo sentido, E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 10ª edición, *op cit.*, pág. 654

desde luego, siempre que su rectificación represente realmente una alteración fundamental del sentido del acto. Una precisa delimitación de la frontera entre uno y otro tipo de error evitará que la Administración, invocando una rectificación material, trate de realizar una rectificación de concepto, sin sujetarse a las formalidades establecidas en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre⁵⁰.

No cabe acudir a la rectificación que prevé el artículo 105 cuando existan dudas o cuando la comprobación del error exija acudir a datos de los que no hay constancia en el expediente. Es necesario, pues, que el error material se evidencie teniendo únicamente en cuenta los datos del expediente administrativo, sin que comporte una operación de interpretación de las normas jurídicas y siempre que se pueda rectificar sin que padezca la subsistencia jurídica del acto que lo contiene. 

⁵⁰ Vid., en este aspecto, entre otras, las sentencias de 23 de marzo de 1993 (Ar.1748), 31 de enero de 1994 (Ar. 504) y de 16 de mayo de 1994 (Ar. 4424).

Bibliografía consultada

- J. AROZAMENA SIERRA, *Comentario al capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106) (Revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias)*, en RAP, núm. 140, mayo-agosto 1996, págs. 69 y sigs.
- R. BOCANEGRA SIERRA, *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Academia asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998.
- , *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2002.
- J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario*, en RAP, núm. 125, mayo-agosto 1991, págs. 281 y sigs.
- J. GÁLVEZ, *La infracción grave de normas legales o reglamentarias como presupuesto para la revisión de oficio*, en RAP, núm. 143, mayo-agosto 1997, págs. 463 y sigs.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, en RAP núm. 15, septiembre-diciembre 1954, págs. 109 y sigs.
- , *La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad*, en RAP núm. 20, mayo-agosto 1956, págs. 69 y sigs.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993 (sexta edición) y 2000 (décima edición).
- J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO y J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid, 1999.
- P. SALA SÁNCHEZ, (coordinador), *Comentarios a la reforma del Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, tirant lo blanch, Valencia 1999.
- J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, CEURA, Madrid, 1999.
- DA (*Documentación Administrativa*), núms. 254-255 (1999), *La reforma del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

LA AUTONOMÍA EN EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

Vicente Magro Server

Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante

1. La percepción en la sociedad de la necesidad de un cambio por la mejora en el tratamiento de las mujeres maltratadas

Estamos asistiendo en los últimos tiempos a una mejora en la búsqueda de nuevas ideas y nuevos objetivos en el tratamiento de la violencia doméstica. Las cifras en el número de denuncias siguen un crecimiento reducido pero sostenido y ello nos anima a pensar que está cambiando la filosofía del problema y que la mujer que es objeto del maltrato está empezando a percibir una mayor sensibilidad por parte de todos los colectivos y administraciones. En esta línea, se demuestra que la mayor transmisión de iniciativas y proyectos para la mujer maltratada produce un efecto positivo de recepción de confianza en que algo está cambiando en la sociedad en esta materia. Un ejemplo de este cambio lo encontramos en la iniciativa que se adoptó por el CGPJ en el Pleno de fecha 1 de Diciembre de 1999 que autorizó la constitución de tres juzgados especializados en materia de violencia doméstica y que ofreció, como plan piloto, unos resultados muy positivos en orden a transmitir a las mujeres la posibilidad del tratamiento especializado en un solo órgano especializado. Como sabemos, esta idea ha sido recogida positivamente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Mi-

nisterio de Justicia al incluir la especialización de los órganos judiciales en el denominado II Plan de Acción contra la violencia doméstica.¹ En la revista jurídica *La Ley* ya hice referencia en el año 1999² al desarrollo de ese plan experimental practicado en la provincia de Alicante y el cambio que introducía en el sistema.

Pero pese a que se están incrementando las medidas de protección y se está trabajando intensamente en buscar vías de solución al problema sigue siendo imparable el incremento de las noticias que nos ponen de manifiesto la existencia de malos tratos a mujeres un día sí y otro también. No recuerdo una sucesión tan repetida de hechos sobre el mismo tipo penal que haya motivado una reacción social tan importante como la que estamos viviendo durante los últimos años.

¿Qué ha pasado en realidad? Se pregunta la ciudadanía. ¿Es que existe una especie de situación enfermiza en los agresores que les lleva a mostrar aún más su especial «valentía», por el mero hecho de que tengan conocimiento de que otros también lo hacen con sus mujeres o pareja?. Pues no es así en realidad. Lo cierto y verdad es que son dos las circunstancias que confluyen y nos muestran la verdadera cara de esta situación. Por un lado, las mujeres han dado un paso valiente y decidido a la hora de acudir a las comisarías y juzgados de guardia denunciando situaciones que antes no se atrevían a denunciar, lo que producía un número más reducido en el número de expedientes que se tramitaban en comisarías y juzgados que los que ahora mismo nos ocupa.

En consecuencia, no es que ahora se produzcan más agresiones a las mujeres por parte de su cónyuge o pareja, sino que antes existían una denominadas «cifras negras», es decir, no reales, motivadas por el factor antes indicado. Existía el maltrato, pero no se denunciaba. Recordemos que en muchos foros de debate se ha puesto de manifiesto este hecho, ya que la consideración de esta situación como «privada», dentro de la familia, no ha favorecido el conocimiento de su magnitud, siendo, ésta, la explicación del hecho comprobado de que muchas mujeres maltratadas no denunciaran estas situaciones hasta la fecha, considerándose que sólo el 10% de los malos tratos se estaban denunciando hasta fechas recientes en las comisarías españolas.

El fallecido Enrique Ruiz Vadillo publicaba, precisamente, un trabajo sobre esta cuestión a la que le ha dedicado, al igual que a otros muchos temas en su extensa carrera, gran atención, haciendo hincapié en que una de las razones principales de la elevación de los índices estadís-

¹ Vicente Magro Servet. «Los nuevos juzgados especializados en violencia doméstica». En la Revista *La Ley* de fecha 28 de Mayo de 2001.

² Vicente Magro Servet. «Los juzgados especializados en violencia doméstica». En *La Ley* de 22 de Diciembre de 1999.

ticos se centra en ese paso decidido a acudir a comisarías y juzgados a denunciar lo que antes no denunciaban y que la mujer, señala Ruiz Vardillo, temía que con la cárcel todo iba a empeorar, equivocándose porque el silencio daba nuevas fuerzas al agresor.

Por otro lado, los medios de comunicación social están teniendo un efecto inmediato en la reacción que se está produciendo en la sociedad española, la cual está recogiendo el testigo de la llama prendida por aquellos para exigir soluciones a este problema que parece no tener fin. Es ésta una prueba más de la influencia de los medios de comunicación social en la denuncia, primero, y búsqueda de soluciones por los responsables, después, con respecto de aquellos hechos que sí permanecen en el silencio no obtendrán nunca una respuesta directa y efectiva.

A tal efecto, recuerda, por ejemplo, Joaquín Cuello Contreras que no es cierto que los malos tratos hayan experimentado en la actualidad un incremento alarmante, -aunque de su realidad nadie puede dudar-; ya que lo que realmente ha ocurrido es que ha aumentado la sensibilidad social frente a conductas que, aun constando su existencia en el pasado y en el presente, ahora no se quieren tolerar más. Por ello, se entiende que nos encontramos no ante una nueva forma de criminalidad desconocida hasta ahora, sino todo lo contrario: un mejoramiento de la sociedad, o al menos, un intento de mejoramiento a través de instituciones jurídicas nuevas en las que se intenta establecer un importante arco protector para las mujeres que han sido hasta la fecha objeto de maltrato. Recuerda este autor la tesis sociológica de Durkheim basada en el hecho de que «cuando las sociedades mejoran y superan formas especialmente brutales y primitivas de delincuencia, nuevas formas de las mismas que hasta la fecha quedaban inadvertidas por su menor gravedad pasan a un primer plano, por lo que parece que algo de esto es lo que está pasando en España».

Esta violencia doméstica que existe y se incrementa cada día más no es fruto de un estallido ocasional, sino que los malos tratos a mujeres son otra cosa, ya que según destaca Sandra Horley lo que puede comenzar como un bofetón aislado pasa a evolucionar con el paso del tiempo hacia una pauta de comportamiento sistemática e intencionada.

Recuerda, a estos efectos, esta autora, psicóloga social, y gran conocedora de esta problemática por ser la directora de la 1ª casa de acogida de mujeres maltratadas en Inglaterra, que en Canadá, por ejemplo, una mujer de cada diez ha sido agredida físicamente por su marido, y en Rusia, un informe reciente indica que 15.000 mujeres fueron asesinadas por sus maridos en un año. En el Reino Unido, una mujer de cada cuatro ha sido maltratada físicamente por su marido o compañero en alguna situación. Hay casos realmente alarmantes en Inglaterra, como el caso del hombre que aplicó un martillo y un cincel a la cara de su mujer

teniendo que darle 250 puntos de sutura, o el del que derramó petróleo en la cabeza de su compañera y le prendió fuego.

Gilles Rondeau, profesor de artes y Ciencias de la Escuela de Trabajo social de la Universidad de Montreal recuerda que sólo en Quebec, con una población de 6 millones de habitantes, durante un periodo de 5 años, desde 1991 hasta 1995 ambos inclusive, ha habido 155 muertes por dramas conyugales y pasionales. 86 mujeres fueron víctimas de su marido o de su pareja y 22 hombres fueron víctimas de su esposa o de su pareja. En esta localidad se estima que el número de mujeres maltratadas es de 300.000 al año. Además, un reciente informe de Amnistía Internacional sobre la tortura muestra que muchos métodos utilizados en los casos de estas situaciones de dominación y abuso de poder de los maridos sobre sus mujeres se asemejan a los utilizados en la guerra de Corea para lavar el cerebro de los prisioneros.

Pese a todo, nos podemos y nos debemos preguntar ¿Cómo está respondiendo la sociedad a las mujeres maltratadas?, porque lo cierto y verdad es que, desgraciadamente, en muchas ocasiones se han escuchado frases realmente desalentadoras en la búsqueda de un avance en esta materia, tales como ¿Qué habrá hecho para que su marido le pegue?.

Las reformas que se están produciendo en este campo son muy importantes como comprobaremos al final de nuestra exposición. No obstante, por ejemplo, en la esfera policial se ha producido una mejora importantísima en la atención dispensada por los profesionales demostrando una importante percepción del problema. A modo de ejemplo M^a Dolores Pérez, Inspectora jefe del Servicio de atención a la mujer de Barcelona afirma que el Servicio de atención a la mujer (S.A.M.) del Cuerpo Nacional de Policía en Barcelona es una oficina de la policía que se encarga de atender a las mujeres que acuden a ella como víctimas de malos tratos en el ámbito familiar. El grupo está formado por 10 policías mujeres (2 inspectoras y 8 policías de la escala básica).

No podemos olvidar, y esto hay que hacerlo constar, que gran parte de las reformas legislativas que se han producido en nuestro país en esta materia han tenido un arranque social a raíz del empuje que desde diversos foros se ha realizado para recordar que había que modificar la legislación en la medida en que era preciso ampliar y clarificar las conductas en las que la mujer estaba siendo víctima en toda la extensión de su palabra.

Gran importancia, por ello, ha tenido en esta concienciación el Instituto de la mujer, cuya ley de fundación de 24 de Octubre de 1983 recuerda que «un cometido del Instituto de la Mujer era estudiar la situación de la mujer española en los siguientes campos: legal, educativo, cultural, sanitario y sociocultural, recopilando información y documentación relativa a la mujer, elaborando los correspondientes informes.

Recuerda, a estos efectos, Celia Valiente Fernández que esta institución ha tenido un objetivo importante por cuanto hasta 1983 existían en España, en comparación con los países de nuestro entorno, muy pocas investigaciones sobre la situación de las mujeres. Por ello, entendemos que todos los foros como el presente en los que se está debatiendo esta cuestión van contribuyendo a aumentar esta conciencia social de que «hay algo más todavía por hacer en esta materia».

Recuerda esta autora que si bien hasta mediados de los años 80 la mayor parte de las investigaciones procedían de otros países, en la actualidad la situación es distinta y cada vez son mayores las investigaciones y trabajos doctrinales que se están elaborando sobre este tema en el que podemos llegar a una primera conclusión que traspasa nuestras fronteras y se implanta en muchos países anulando una idea equivocada que se estaba extendiendo en esta cuestión, que no es otra que la puntualización centrada en el hecho de que la violencia contra la mujer no se perpetra únicamente por unos perturbados mentales, o por un número ínfimo de individuos marginados o en situaciones excepcionales (por ejemplo, adictos al alcohol o a las drogas), sino que parece tratarse de un fenómeno notablemente extendido y endémico en todos los países y que afecta a todos los estratos sociales sin excepción. Por ello, la caracterización de la extensión y generalización del sujeto activo de esta infracción penal resulta importante para desmitificar la creencia de que esta conducta se daba sólo en ambientes marginales y que la privacidad de la violencia en el seno del domicilio familiar parece que le ha otorgado, en ocasiones, un vestigio de impunidad en el autor ante el temor de la víctima a las represalias y la ignorancia de la respuesta que el Poder estatal podría darle a estos ataques contra su persona. A estos efectos, no podemos olvidar que de acuerdo con los documentos elaborados por la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo o el Senado Español, es éste un fenómeno social muy generalizado, sin fronteras, no exclusivo de un grupo o clase social y que afecta a un gran número de mujeres.

En cuanto al concepto de violencia producida en el seno de la familia debemos destacar la definición que se ofreció en el 1º Congreso de Organizaciones familiares celebrado en Madrid (Diciembre de 1987), como «Toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma». En este sentido, en la publicación titulada «La Violencia contra la mujer» elaborada en el año 1991 por el Ministerio del Interior-Ministerio de asuntos sociales-Instituto de la Mujer se recuerda que los aspectos definitorios de los malos tratos a la mujer son:

- a) se producen en el ámbito doméstico, privado.

- b) Son equiparables a modelos de conducta y de comunicación propios de una relación asimétrica de dominación.
- c) el agresor tiene una relación de afectividad con la víctima.

2. Alcance institucional en la protección de las mujeres maltratadas

«El Consejo General del Poder Judicial ha manifestado desde hace tiempo una honda preocupación por las situaciones de violencia doméstica, y es plenamente consciente, en el ámbito de sus competencias, de la necesidad de habilitar medidas razonables y eficaces para afrontar tan grave problema». De esta manera comienza el informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ el informe emitido al efecto tras encomendarle el Pleno del CGPJ de fecha 14 de Enero de 1998 la elaboración de un análisis en el que se debían abordar las eventuales medidas o reformas normativas que pudieran resultar de interés a raíz de las sucesivas jornadas que sobre el tema de la violencia doméstica se habían celebrado en este órgano en colaboración con el Instituto de la mujer. El informe elaborado al efecto por la citada Comisión fue aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión de fecha 19 de Junio de 1998.

La colaboración directa que existe, pues, y ha existido entre el Instituto de la mujer y el CGPJ ha dado lugar a la elaboración de sendas jornadas, las primeras dedicadas al análisis de la violencia doméstica ejercida contra la mujer en el ámbito familiar y las segundas sobre los delitos contra la igualdad en las que, con la participación de jueces y Magistrados, responsables administrativos y juristas expertos de diversos países se han ido analizando los diferentes puntos de vista alrededor de las causas y el origen que han motivado el desencadenante de este ataque desmedido contra la mujer como sujeto pasivo, así como la situación de la legislación aplicable a estos hechos y las posibles reformas que se deberían adoptar para luchar contra este fenómeno que, justo es decirlo, no es ninguna novedad, por desgracia, y que ha estado oculto en la propia intimidad de la mujer por determinadas circunstancias que sería necesario analizar.

En este sentido, en el mencionado informe se recogen una serie de causas que pueden haber influido en las conductas de malos tratos contra las mujeres. Tales causas se centran en:

- a) El carácter antropológico como resultado de una situación estructural de desigualdad real en la que aún se encuentra la mujer dentro de la sociedad.
- b) Causas sociales, culturales o educacionales potenciadas por diversos factores coadyuvantes tales como:

- 1) La marginalidad.
- 2) El analfabetismo.
- 3) La Incultura.
- 4) El alcoholismo.
- 5) Los problemas económicos y laborales.
- 6) Los desequilibrios psíquicos.
- 7) Las frustraciones personales.
- 8) Las personalidades violentas.

Hemos expuesto antes que resultaba incuestionable que los datos estadísticos sobre este fenómeno han experimentado un avance importante en los últimos años. Pero la pregunta que conlleva el incremento de estas cifras viene a ser inevitable por obvia. ¿Se han incrementado los hechos de malos tratos a mujeres, o es que se han incrementado las denuncias de éstas por la comisión por sus maridos o parejas de estos hechos delictivos?

En las jornadas que sobre los delitos de igualdad se celebraron en el CGPJ en colaboración con el Instituto de la Mujer el pasado 1 de Junio de 1998 presenté una ponencia en la que bajo el título «*Violencia doméstica: situación actual. ¿Se está haciendo algo para evitarlo?*»,³ hacía referencia a la interrogante antes referida. Así, ponía de manifiesto que:

«Está resultando imparable el incremento de las noticias que nos ponen de manifiesto la existencia de malos tratos a mujeres un día sí y otro también. No recuerdo una sucesión tan repetida de hechos sobre el mismo tipo penal que haya motivado una reacción social tan importante como la que estamos viviendo durante los últimos meses».

La ocultación del fenómeno había producido que hasta hace bien poco tiempo la sociedad no fuera consciente de la gravedad de una situación que por quedar oculta en el seno de la familia no traspasaba las fronteras del domicilio particular, conllevando unas cifras inexactas en cuanto a la realidad de los hechos de malos tratos que se producían día a día en muchos hogares españoles.

¿Por qué esa reacción de algunas mujeres a no denunciar los hechos? Podríamos preguntarnos.

La pregunta parece fácil hacerla, pero la respuesta no lo es tanto para aquellas mujeres que han tenido que pasar por el calvario de soportar continuas agresiones, no solamente físicas sino también psíquicas, por parte de sus maridos o parejas. No obstante, resulta interesante ir desgranando las diversas circunstancias que han producido la ocultación del fenómeno.

³ Jornadas celebradas en Madrid por el CGPJ e Instituto de la Mujer. 1 y 2 de Junio de 1998. «Delitos contra la igualdad». Trabajo publicado en *Actualidad jurídica Aranzadi*. 5 de Noviembre de 1998. N.º 364.

Así, en el informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ antes citado se citaban, entre otras y a modo de clasificación, las siguientes:

a) El íntimo círculo de la privacidad familiar ofrece un marco de impunidad al agresor que dificulta enormemente su descubrimiento y el empeño de su erradicación.

b) El entorno privado propicia la ocultación social de su existencia.

c) Falta de conciencia social hasta la fecha para identificar estos comportamientos como hechos delictivos o como auténtica vulneración de derechos fundamentales.

d) El ámbito doméstico en el que se producen estos actos violentos beneficia la impunidad del delito al dificultar considerablemente su prueba y, por tanto, su tratamiento policial y judicial.

e) La ignorancia, temor o pudor de las víctimas.

f) El complejo de culpabilidad de muchas mujeres.

g) La relación de dependencia económica en la que se encuentran muchas víctimas.

Existen otras muchas razones que han llevado a las mujeres a guardar silencio pero estas, y otras que han quedado dentro de muchas mujeres, llevaron a María Zambrano a señalar en su obra *«Delirio y destino»* que *«Cuando a nadie le podemos contar nuestra historia. Eso es muerte. Muerte por juicio. El juicio de quien debía oír y entrar dentro de la propia vida es la muerte. Vivir es convivir, decía Ortega, y cuando la convivencia es imposible porque el que convive interpone y echa su juicio sobre la persona, es la muerte. Se muere juzgado, sentenciado a aislamiento por el otro»*.

Pues bien, para poder atajar este fenómeno se hacía necesario llegar al conocimiento exacto de la realidad de la situación. En este sentido, en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de fecha 13 de Agosto de 1998 y ante una pregunta parlamentaria presentada para conocer la posición del Gobierno ante la necesidad de que las mujeres que sufren malos tratos se atrevan a denunciarlo, éste reconoce que el Plan de Acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de Abril de 1998, teniendo en cuenta lo importante que es sensibilizar a la sociedad contra los malos tratos, propone, entre otras medidas, llevar a cabo campañas de sensibilización sobre la gravedad del problema de la violencia, de género y de rechazo sobre la misma. Recuerda, a estos efectos, que el Instituto de la mujer puso en marcha una campaña publicitaria aportándose los siguientes datos:

En el teléfono de información 900-191010, durante el periodo Enero a Mayo de 1997 se recibieron un total de 148 llamadas, pasando a ser en el mismo periodo referido a 1998 un total de 2.017, de las cuales 890

se recibieron entre los días 6 y 31 de Mayo, periodo en que se realizó la campaña, lo que significa una media de 34 llamadas por día.

En cuanto se refiere al número de denuncias presentadas, según fuentes del Ministerio del Interior, en el periodo de Enero a Abril de 1998 se han presentado 7.469 denuncias por malos tratos a mujeres ocasionadas por sus maridos o compañeros, lo que supone un incremento de 392 denuncias con respecto al mismo periodo del año 1997.

El gasto invertido en la campaña de comunicación ha supuesto la cuantía de 188 millones de pesetas.

En definitiva, la asunción real del problema por parte de las diferentes administraciones comenzaba a dar sus frutos en forma de un descubrimiento más real de la situación por la que estaban pasando muchas mujeres.

¿Sobre qué cifras nos movemos en el fenómeno de la violencia doméstica?

¿Cuántas mujeres han muerto víctimas de este fenómeno?

Ya hemos indicado que eran muchas las circunstancias que habían producido la ocultación del fenómeno de la violencia doméstica, hecho que, incluso, había producido que hasta el año 1983 no se habían recogido datos estadísticos de las denuncias que se habían presentado por malos tratos. Esto daba una idea de la total ausencia de sensibilidad hasta fechas bien recientes (estamos hablando de menos de veinte años) de un problema que se deslizaba como un hecho más que si acudía a las comisarías y juzgados se consideraba como un caso aislado de los ilícitos penales que se cometían a día a día en diferentes zonas y puntos de nuestra geografía.

Pero ¿Cuántas denuncias se han presentado en los últimos cuatro años? Las cifras no engañan. Veamos:

1997	24.614
1998	26.910
1999	29.405
2000	30.269

¿Y cuántas mujeres han perdido la vida por la violencia doméstica?

1994	42
1995	45
1996	64
1997	91
1998	32
1999	42
2000	67

De la misma manera, se hace constar que de las 91 mujeres fallecidas en el año 1997 la mayoría había denunciado en alguna ocasión su situación personal sin que se le hubiera dado una respuesta efectiva al problema planteado, lo que nos da una idea de la auténtica necesidad que la sociedad tiene de ofrecer una respuesta a las mujeres que han estado sufriendo malos tratos, a fin de evitar que la agresión acabe en homicidio tal y como, desgraciadamente, se ha dado en muchos casos.

Ahora tenemos cifras más o menos aproximadas, pero antes de 1983 la inexistencia de cifras reales en esta materia unida a la incomprensión que se producía ante este fenómeno había acrecentado el problema para situarlo en un ilícito más, cuando está claro que las agresiones y malos tratos a mujeres se sitúan en un marco de auténtica degradación de la persona humana agravado por el sufrimiento que han tenido que padecer aquellas mujeres que no han tenido fuerzas ni ayudas que pudieran vencer su grave problema.

Por todo ello, de un tiempo a esta parte se está percibiendo un sentimiento social que ha asumido la gravedad de esta situación bajo el amparo de la importantísima labor de concienciación que se ha desarrollado desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales por medio del Instituto de la mujer.

3. ¿Qué medidas se han ido adoptando en la lucha de este fenómeno?

El conocimiento de la situación exacta del fenómeno y la asunción de las respectivas obligaciones por parte de todos los sectores implicados en esta cuestión era el paso previo que debía adoptarse para iniciar la búsqueda de mecanismos que tiendan a reducir este problema.

Efectuando una relación de las iniciativas que, desde diferentes sectores implicados en este tema multidisciplinar, se han realizado destacamos las siguientes:

1. La Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada el año 1998 le dedica un apartado especial a los malos tratos a mujeres

En este sentido, desde la Fiscalía General del Estado se han empezado, también, a preocupar por la búsqueda de soluciones que han pasado en primer lugar por recoger en la Memoria de 1997 un capítulo específico destinado a la violencia en el ámbito familiar. En el referido informe se destacó que cada día se estaban cometiendo en los hogares españoles 18 delitos de malos tratos, cifra considerable si se tiene en cuenta que, todavía, existe un importante número de mujeres que no

denuncian estos hechos. A esta cifra se llega en la Memoria a consecuencia de los 6.709 procedimientos que se incoaron por presuntos malos tratos domésticos.

Se señala, asimismo, que «a nadie se le escapa que en esta modalidad delictiva la cifra negra de la criminalidad es muy elevada ya que un buen número de víctimas opta, con toda seguridad, por no denunciar los hechos».

2. Los servicios de atención a la mujer

Por otro lado, durante el año 1998 se han puesto en funcionamiento servicios de atención a la mujer en las siguientes ciudades: Murcia, Pamplona, Badajoz, Logroño y Santa Cruz de Tenerife, procediéndose a desarrollar el Plan de Acción contra la violencia doméstica en atención a los tipos delictivos a los que el SAM (Servicio de atención a la mujer) debe dar respuesta, mediante su implantación en Cádiz, Córdoba, Pontevedra, Almería, León, Burgos, Castellón de la Plana y Melilla.

Desarrollando el personal femenino que presta servicios en el SAM en Unidades creadas en el año 1998 se puede ofrecer el siguiente cuadro:

PROVINCIA	NÚMEROS DE POLICÍA
Murcia	1
Pamplona	2
Badajoz	1
Logroño	1
Santa Cruz de Tenerife	2

En cuanto a las funciones que realiza este Servicio en atención a las víctimas podemos relacionar las siguientes:

a) Recepción, tratamiento e investigación de las denuncias formuladas.

En este sentido, se significa que se interviene en la propia tramitación del atestado policial, practicándose todas aquellas diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos y a la recogida de pruebas.

b) Protección a la víctima.

Se tiende a preservar la integridad física de las víctimas informándose de todas las investigaciones que se llevan a cabo en relación con los hechos denunciados y los organismos de protección públicos y privados a los que puede acudir.

c) Coordinación con actuaciones y relaciones con órganos asistenciales.

Resulta importantísimo en el tratamiento de estos hechos la circunstancia de la intervención de muy distintas administraciones dado el carácter multidisciplinar del fenómeno, por lo que resulta fundamental la coordinación de la actuación policial con la judicial y la sanitaria, a fin de que la mujer tenga una asistencia completa tras el sufrimiento padecido.

Todas estas funciones realizadas por el personal femenino de la policía exigen un incremento indudable de la plantilla del Cuerpo Nacional de Policía con personal cualificado en estas áreas que tiendan a mitigar de salida el daño sufrido por la propia víctima, ya que si cuando ésta acude a denunciar los hechos que puede llevar sufriendo desde hace tiempo se encuentra con un ambiente hostil y poco propicio para poder entender la gravedad de los hechos que denuncia, lo más seguro es que no vuelva a denunciarlos al no encontrar protección, por un lado, y solución real a los problemas que está poniendo de manifiesto ante los encargados de la seguridad pública.

Por este motivo, el personal femenino de la policía está aumentando progresivamente tal y como se comprueba al ver la evolución del período 1996-1998.

AÑO	PERSONAL FEMENINO DEL CUERPO NACIONAL DE POLICIA
1996	1.420
1997	1.571
1998	1.729

Estos datos son importantes a la hora de ir introduciendo factores correctores que tiendan a facilitar la denuncia a la mujer maltratada, en lugar de sentir rechazo a ello.

3. Labor coordinada entre las distintas administraciones implicadas en el problema

- A nivel autonómico y municipal.
- A nivel Ministerial.
- Colaboración del Consejo General del Poder Judicial.

A la hora de ir buscando medidas que tiendan a luchar eficazmente contra la violencia doméstica debemos insistir en la necesidad de efectuar una labor coordinada entre las distintas administraciones. Solo de esa manera la labor de prevención inicial y de intervención posterior al acaecimiento del daño podrá tener los resultados deseados.

Es por ello, por lo que el propio Gobierno reconoce insistentemente⁴ que en relación con la adopción de las medidas que contribuyan a erradicar las situaciones de violencia de las que son víctimas las mujeres, el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, estimando que el tratamiento

⁴ Respuesta efectuada por el Gobierno a una pregunta parlamentaria sobre las medidas para evitar la violencia contra las mujeres. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 18-3-98.

corrector exige una labor coordinada entre las diferentes administraciones Públicas, está trabajando en el tema a tres niveles:

1. A nivel Autonómico y Municipal.
2. A nivel Ministerial y
3. En cooperación con el Consejo General del Poder Judicial.

Desarrollando esta triple actuación coordinada podemos destacar que:

En el ámbito autonómico se celebró el pasado día 26 de Noviembre de 1997 una conferencia sectorial monográfica, a fin de analizar la violencia contra las mujeres encontrándose presente en las mismas representantes de las Comunidades Autónomas, de la Federación de Municipios y Provincias (FEMP) y de los Ministerios de Trabajo y Asuntos sociales, Administraciones públicas, Educación y Cultura, Justicia, Sanidad y Consumo e Interior adoptándose el acuerdo de elaborar un plan de acción y una campaña de sensibilización cuyo desarrollo está teniendo en la actualidad frutos muy positivos en el análisis del fenómeno y continuidad en la aportación de soluciones desde las administraciones implicadas, como hemos visto. Este Plan de actuación gira bajo diversas áreas de actuación: sensibilización, educación y formación, recursos sociales, sanidad, legislación y práctica jurídica e investigación.

En el nivel ministerial hay que recordar que se creó una Comisión interministerial compuesta por representantes de los Ministerios de Interior, Educación y Cultura, Sanidad y Consumo, Justicia y Trabajo y Asuntos sociales, comisión que ha venido trabajando en aras a analizar la mejora de los mecanismos existentes en sus diversas áreas de competencia, impulsando nuevos procedimientos que garanticen la protección de las mujeres y participando de manera activa en la elaboración del mencionado plan.

En cuanto al Consejo General del Poder Judicial hay que recordar, como hemos mencionado anteriormente, que se está produciendo una especial y directa cooperación del mismo en la obtención de soluciones y mejoras en la lucha contra la violencia doméstica, como lo demuestran las jornadas celebradas los días 15 y 16 de Diciembre de 1997 sobre «La violencia en el ámbito familiar» y las de fecha 1 y 2 de Junio de 1998, –también antes aludidas– sobre los delitos contra la igualdad, ambas en colaboración con el Instituto de la mujer. Precisamente, las conclusiones obtenidas en estas jornadas han sido utilizadas en la elaboración de los informes que se han elaborado por la propia Comisión de Estudios e Informes con respecto a los cambios legislativos necesarios para combatir los malos tratos.

4. Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Enero de 1998

Con todo ello, las actuaciones que se han producido en todo el Estado durante 1998 para luchar contra los malos tratos a mujeres tuvieron su arranque en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Enero de 1998 en el que se adoptaron las siguientes propuestas:

1.- En la convocatoria de subvenciones a ONGs con cargo al IRPF 98 se creó una nueva línea de programas de apoyo a niños y niñas que han sufrido las consecuencias de la violencia doméstica incrementándose la dotación presupuestaria en programas de apoyo y asesoramiento a mujeres maltratadas.

2.- Se han habilitado a lo largo de 1998 nuevos centros de atención a mujeres y oficinas de atención a las víctimas de delitos violentos.

En este sentido, en los nueve primeros meses de 1998 se crearon siete oficinas de esta clase además de la ubicada en Palma de Mallorca que funcionaba desde el año 1997. Las ciudades en donde se ubican estas oficinas son Oviedo, Zaragoza, Burgos, Albacete, León, Valladolid y Murcia.

Estas oficinas cuentan con un oficial de la administración de justicia dotándose, posteriormente, de equipos de apoyo psicosocial.

Su función consiste en informar y apoyar al ciudadano en relación con los derechos reconocidos en la ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, así como el procedimiento administrativo para solicitar las ayudas y asistencias informando, asimismo, de todos los recursos sociales disponibles a nivel estatal, autonómico y local. Por último, y asociado al avance de la informatización judicial seguirán el desarrollo del procedimiento judicial, manteniendo a la víctima informada.

3.- Se han incluido en el Plan de empleo de 1998 cursos de formación para el empleo para mujeres víctimas de la violencia, con lo que se facilita la reinserción laboral y social.

4.- Se han realizado módulos formativos a lo largo de 1998 dirigidos a mandos superiores de la policía y Guardia civil, así como jornadas sobre violencia doméstica dirigidas a miembros de la policía y Guardia Civil.

5.- Se han creado nuevos servicios de atención a la mujer (SAM) según se ha reflejado anteriormente.

6.- Se ha llevado una campaña de sensibilización, a lo largo de 1998, de ámbito estatal por las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias y la Administración del Estado.

5. Convenios realizados por el Instituto de la Mujer con Comunidades Autónomas y corporaciones locales

En esta línea de actuación también han resultado muy positivos los Convenios realizados por el Instituto de la mujer con los organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas y corporaciones locales que a continuación se citan:

■ Andalucía: Convenio con la Diputación Provincial de Almería. (Equipamiento Casa de acogida).

■ Aragón: Convenio con el Instituto de la Mujer Aragonés. (Campaña de violencia contra las mujeres).

Convenio con el Ayuntamiento de Huesca (Equipamiento de vivienda de mujeres con cargas familiares).

■ Asturias: Con el Ayuntamiento de Avilés. (Equipamiento de casa de acogida).

■ Canarias: Con el Cabildo Insular. (Equipamiento e infraestructura de casa de acogida).

■ Castilla y León: Con la Comunidad Autónoma de Castilla Y León. (Acondicionamiento de un centro para mujeres maltratadas).

■ Extremadura: Con la Comunidad Autónoma de Extremadura. (Equipamiento de la casa de la mujer de Cáceres).

■ Galicia: Con la Comunidad Autónoma de Galicia. (Jornadas de Formación de casas de acogida).

Con el Ayuntamiento de Santiago de Compostela (Equipamiento de casa de acogida).

■ Madrid: Con la Comunidad Autónoma de Madrid. (Acondicionamiento de Centro para mujeres).

■ Murcia: Con la Comunidad Autónoma de Murcia (Dos jornadas sobre violencia en el ámbito familiar dirigido a profesores/as y alumnos/as de Derecho y a jueces, fiscales y forenses; jornada de trabajo sobre violencia hacia las mujeres dirigido a personal sanitario y a Fuerzas de seguridad del Estado; Cursos de formación sobre violencia hacia las mujeres; Campaña sobre violencia hacia las mujeres).

Con el Ayuntamiento de Cieza, (Equipamiento de casa de acogida).

■ País Vasco: Con el Ayuntamiento de Santurce. (Equipamiento de casa de acogida).

Con el Ayuntamiento de Eibar (Guipúzcoa), (Reforma de casa de acogida).

Con el Ayuntamiento de Ermua (Equipamiento de casa de acogida).

Con el Ayuntamiento de Galdácano (Vizcaya). (Equipamiento de casa de acogida).

■ La Rioja: Con la Comunidad Autónoma de La Rioja. (Acondicionamiento de un centro de acogida para mujeres maltratadas).

■ Valencia: Con la Comunidad Autónoma Valenciana. (Jornadas sobre violencia de género).

■ Ceuta: Con la ciudad de Ceuta. (Jornadas sobre violencia contra las mujeres).

■ Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP): Con FEMP (Curso sobre la violencia y malos tratos).

Hay que destacar también la positiva intervención de los Ministerios de Educación y Cultura, Administraciones públicas, Interior, Justicia y Sanidad y Consumo desde que se les invitó a la IV Conferencia Sectorial de la mujer que se dedicó de manera monográfica al tema de la violencia doméstica creándose la Comisión Interministerial que intervino muy directamente en la elaboración del Plan contra la Violencia doméstica.

6. Protocolo Específico al Convenio Marco de colaboración entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 27 de Mayo de 1998

Por otro lado, en el Protocolo Específico al Convenio Marco de colaboración entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales de fecha 27 de Mayo de 1998 se realizaron las siguientes actuaciones conjuntas:

a) Asistencia a mujeres maltratadas.

b) Formación del personal al servicio de la administración de justicia en materia de igualdad de oportunidades.

c) Asistencia a mujeres víctimas de delitos violentos y agresiones sexuales con la creación de oficinas en las Comunidades Autónomas que determine la Comisión de seguimiento del Convenio marco.

7. Declaración institucional del Congreso de los Diputados

El reconocimiento institucional de este problema y la permanente actitud positiva para conseguir vías que incrementen esta protección de las mujeres que son objeto de maltrato tuvo su confirmación en el propio Congreso de los Diputados también, ya que el día 25 de Noviembre de 1998, -días antes del 50 aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos-, aprobó por asentimiento una declaración institucional en la que se recogía que:

«... Es necesario reconocer que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las desiguales relaciones de poder entre el hombre y la

mujer y que los hombres han abusado de ésta para violar los derechos humanos de las mujeres.

Manifiesta que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos fundamentales de las mujeres, es un atentado contra la integridad física y psicológica de las mismas, destruye la dignidad humana de las mujeres víctimas y denigra a sus agresores, es un obstáculo para el desarrollo social, económico y político de la sociedad, es un ataque contra la paz y la democracia y, por tanto, la eliminación de cualquier forma de violencia es un reto para todos los hombres y todas las mujeres.

Denuncia que, aunque la mayoría de las víctimas silencien las agresiones sufridas, –y sigue incrementándose el número de denuncias por malos tratos, debido en parte a la labor de sensibilización realizada en estos años–, muchas mujeres sufren todavía en silencio malos tratos físicos y psíquicos, muchas mujeres sufren agresiones sexuales, algunas son agredidas y muchas son forzadas a prostituirse. Desgraciadamente, la violencia contra las mujeres es un hecho cotidiano en la vida de muchas de ellas.

Insta a todos los agentes que intervienen en la atención a la víctima a utilizar todos los medios de que disponen en la defensa efectiva de las mujeres que sufren violencia; a los hombres a rechazar el abuso de la fuerza y del poder y a toda la sociedad a prestar apoyo a las víctimas y a colaborar con las asociaciones y grupos que luchan por erradicar la violencia.

Se compromete a impulsar desde este Parlamento cuantas iniciativas se propongan que vayan encaminadas a prevenir y erradicar la violencia y a ayudar a las víctimas de las agresiones físicas y psíquicas, con el fin de que en nuestro país se produzca un grado de tolerancia cero de la violencia contra las mujeres a nivel individual, colectivo e institucional».

Esta declaración del Congreso de los Diputados con motivo del aniversario de la declaración de los derechos humanos supone un cántico a la necesidad de acotar todas las vías de escape que pueda tener este fenómeno, de avanzar continuamente en aquellos proyectos que se articulen para incrementar la protección de las mujeres víctimas de delitos violentos y de seguir en esa línea que ahora están manteniendo todas las administraciones (estatal, autonómica y local) que están implicadas en esta cuestión y han asumido su tanto de responsabilidad personal para dar solución al problema.

8. Informe aprobado por el Pleno del CGPJ de 19 de Junio de 1998

En el informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ aprobado por el Pleno del citado Órgano de fecha 19-6-98 se propusieron una serie de medidas en orden a hacer efectiva esta lucha contra el fenómeno de la violencia doméstica. Las medidas propuestas se ciñen a los siguientes aspectos, a saber:

a) Conseguir una mejora de la estadística judicial.

Evidentemente, una de las cuestiones en las que se ha ido avanzando, precisamente, se centra en acabar con el desconocimiento real de este problema, circunstancia que había motivado que fuera difícil afrontar una cuestión sobre la que se desconocía el alcance real de la extensión del fenómeno. En este sentido, se recoge en el informe citado que en desarrollo de las previsiones contenidas en el Libro Blanco de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 8-9-97 se debe alcanzar una completa informatización de todos los órganos judiciales lo que repercutirá en un mejor conocimiento de las cifras estadísticas reales en materias como la que ahora tratamos.

b) La intensificación de las actividades de formación de jueces y magistrados relacionadas con estos temas.

Es en esta materia en la que con mayor fuerza está interviniendo el CGPJ, a fin de ir trasladando todas aquellas cuestiones que sirvan para debatir y discutir las diversas soluciones que pueden ofrecerse ante este fenómeno. Justo es ahora recordar las dos jornadas a las que al principio de este trabajo nos hemos referido en la que, en colaboración con el Instituto de la Mujer se ha ido avanzando en estas actividades de formación.

c) La suscripción de convenios de cooperación y colaboración con distintas entidades públicas comprometidas en esta cuestión.

Podemos citar, a modo de ejemplo que el Pleno del CGPJ, mediante Acuerdo de fecha 12-11-97 aprobó la firma de un Convenio de colaboración con el Consejo de la mujer de la Comunidad de Madrid en el que se permite a este organismo acceder a los libros, archivos y resoluciones judiciales en el territorio de la Comunidad de Madrid entre los años 1992 a 1996, a fin de llevar a cabo un estudio de los procesos y sentencias judiciales que se han producido por infracciones penales derivadas de malos tratos en el ámbito doméstico.

Precisamente, fruto de este Convenio podemos recordar que en un estudio elaborado por la asociación Themis en la Comunidad de Madrid se llega a la conclusión de que sólo 5 de cada 100 denuncias presentadas por malos tratos son juzgadas como delito, mientras que las 95 restantes son calificadas como falta. Además, en los juicios de faltas el 20% de las víctimas afrontó el proceso judicial sin la intervención de abogado ni Ministerio Fiscal.

El estudio fue realizado con una muestra de 1400 casos y en el mismo se concluye que el porcentaje de tramitación de las denuncias presentadas como falta se mantuvo, incluso, en los 260 casos denunciados por amenaza de muerte.

d) Realización de estudios sobre la interpretación y aplicación de las normas procesales y penales relativas a las conductas para instar a los

poderes del Estado en lo que se refiere a las posibles reformas normativas que se pueden efectuar en esta materia, aspecto al que nos referiremos posteriormente al abordar la reforma que se propone en el Código Penal en materia de violencia doméstica.

e) Se estima también aconsejable la puesta en práctica de programas de tratamiento tendentes a la eliminación de las conductas violentas, los cuales se estima idóneo que sigan desarrollándose en el tiempo, incluso con posterioridad al cumplimiento de la posible condena que se le pueda imponer al autor del hecho delictivo.

f) Se entiende necesaria la existencia de que tanto por parte de la Administración General del Estado como por parte de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia se dote de los medios materiales y personales necesarios a fin de que los jueces y magistrados desarrollen debidamente sus cometidos jurisdiccionales de forma diligente.

g) Uno de los puntos en los que el CGPJ ha incidido con mayor fuerza es en la necesaria utilización de la vía de los juicios rápidos para poder combatir el fenómeno de la violencia doméstica ex art. 790.1 Lecr.

h) Del mismo modo, otra de las mayores garantías para la unificación de criterios y que sirva, al mismo tiempo, para llegar a conocer el alcance del fenómeno podría pasar por la conformación de órganos judiciales concretos que en cada Partido Judicial pudieran llegar a conocer de modo exclusivo de este tipo de hechos por la atribución por vía de reparto de los asuntos enmarcados en los mismos, como posteriormente desarrollaremos.

i) Otra medida se centraría en la constitución de equipos provinciales que pudieran auxiliar a los juzgados de familia en los asuntos en los que pueden darse este tipo de hechos, o bien en aquellos juzgados que, como en el caso anterior, asuman la competencia exclusiva para conocer de los malos tratos. Estos equipos provinciales estarían constituidos por médicos forenses, psicólogos, asistentes sociales y personal especializado, al igual que está ocurriendo, por ejemplo, en la actuación que están asumiendo en estos casos las propias Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado.

9. Juzgados de violencia doméstica

Hemos hecho referencia anteriormente a la propuesta efectuada por el Pleno del CGPJ en cuanto a la necesidad de atribuir por normas de reparto el conocimiento de los hechos de malos tratos a mujeres a un solo juzgado en cada Partido Judicial, lo que permitiría tener un conocimiento exacto de la situación y la aplicación de la reiteración en este

tipo de conductas. Precisamente, es el conocimiento aislado de cada hecho de maltrato por los juzgados lo que ha dificultado un tratamiento más eficaz en la lucha contra este fenómeno. Estos juzgados de Primera Instancia e Instrucción conocerían, además, de otro tipo de asuntos con arreglo a su competencia civil y penal, lo que no los convertiría en juzgados especializados como los de familia o de tutelas e incapacidades, por ejemplo, porque el número de asuntos a conocer no justificaría, precisamente, su admisión. Esta es la idea que sigue el propio CGPJ en el informe al que anteriormente nos hemos referido.

10. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998

Es evidente que acudir por la vía de la especialización en el conocimiento y tratamiento de esta materia puede y debe tener una repercusión positiva en la obtención de resultados positivos en beneficio de la víctima de estos hechos delictivos.

Como se ha puesto de manifiesto con reiteración, la participación del Ministerio Fiscal en la introducción y plasmación de medidas en esta materia es de una importancia considerable. En este sentido, debemos recordar la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado en la que se recoge en el apartado VII el relativo a los *aspectos organizativos de la Fiscalía* en materia de malos tratos a las mujeres, proponiéndose las medidas siguientes, a saber:

1) La creación de un servicio de violencia familiar

Desde diversos sectores se ha solicitado la creación de una fiscalía especial que asumiera los asuntos de malos tratos a mujeres. Ahora bien, desde la propia Fiscalía se ha entendido desaconsejable esta posibilidad, dado que las dos que existen en la actualidad –narcotráfico y corrupción– no reúnen las características de este tipo de hechos delictivos, –según se recoge en la Circular objeto de estudio– entendiéndose que es más aconsejable la potenciación de la figura del fiscal adscrito a los procedimientos de malos tratos por las ventajas que produce la cercanía del fiscal y su directa participación en el impulso del procedimiento, tal y como se recoge en la propia Circular 1/89 de la misma Fiscalía General del Estado.

En una respuesta parlamentaria del Gobierno publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados⁵ se recoge expresamente que «La

⁵ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de fecha 19 de Junio de 1998. Pregunta: Razones por las que no se ha decidido a crear la Fiscalía Especial para los malos tratos familiares.

propia esencia y utilidad de las Fiscalías especiales desaconsejan la creación de una de ellas para los casos de malos tratos familiares. Las Fiscalías Especiales son eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada y con una alta especialización técnica en la comisión de delitos que se cometen en un amplio ámbito del territorio que a veces afecta a varios Estados. Ante este tipo de delincuencia es conveniente una estructura como la de las Fiscalías Especiales con competencia en todo el territorio y medios especializados que carecen de utilidad en otros ámbitos...

...Se entiende que son, por ello, más eficaces las actuaciones en las Fiscalías provinciales próximas a los hechos, si bien resulta conveniente una mayor formación y concienciación de las Fiscalías respecto a esta violencia. En este sentido, es decisivo el interés del Gobierno en ampliar las competencias de la Fiscalía en esta materia y mejorar la formación de los Fiscales, medidas todas ellas contenidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros que aprobó el Plan de acción contra la violencia doméstica en el que figuran las siguientes medidas:

Actuación de oficio del Ministerio Fiscal para instar la aplicación del tipo del art. 153 en base a la reiteración de las faltas e incluso denuncias.

Solicitar del Ministerio Fiscal la adopción de una posición más activa en la búsqueda de pruebas y en el seguimiento de la efectiva ejecución de las sentencias.

Reformar el art. 104 Lect. la previsión de que «sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o sus representantes legales las faltas consistentes en malos tratos inferidos por los maridos a las mujeres» y la excepción a la persecución de la falta del art. 620 CP previa denuncia cuando tenga lugar contra miembros de la familia. Asimismo, deberá suprimirse la referencia que en aquél artículo se realiza a la desobediencia de las mujeres hacia los maridos».

En este sentido, se propone en la Circular ahora analizada la creación de la figura del Fiscal especialmente encargado de la coordinación de las causas por violencia doméstica comunicando su actuación a la Fiscalía General y a la Inspección Fiscal. Al mismo tiempo, esta medida va a acompañada de un registro sobre estos hechos que permita la mejora en la estadística.

b) Un registro especial de causas de violencia doméstica

Se recoge en la Circular referida una cuestión muy recurrente en la actual concepción de esta temática, cual es el perfecto conocimiento que debemos tener de la situación real de este fenómeno.

En este sentido, se establece que el Fiscal encargado del servicio de violencia familiar, con el personal auxiliar necesario, se va a encargar de la llevanza de un registro informático o convencional de las causas seguidas por estos hechos, de tal manera que los fiscales deberán remitir a este registro copia de la denuncia o querrela y de las principales resoluciones que se hayan adoptado en cada procedimiento penal. Asimismo,

los que estén encargados de asuntos de familia comunicarán a este registro los procedimientos de nulidad, separación o divorcio en los que se aleguen por alguna de las partes malos tratos al cónyuge o a los hijos.

Con respecto a este último apartado debemos hacer un especial inciso, ya que las reformas legislativas que se han ido promoviendo pueden y deben tener un efecto positivo a la hora de ir subsanando las deficiencias de la legislación en esta materia.

Así, con respecto a la reforma del CC en materia de separación o divorcio presentada por el GPP en el Congreso de los Diputados el 10 de Noviembre de 1998⁶ hay que señalar que los malos tratos entre los cónyuges supondrán una situación que se introduce en el art. 86, punto 5º CC, añadiendo como causa de divorcio a la del hecho de la condena por sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes las siguientes:

a) Producir a su cónyuge o a sus descendientes, con violencia o intimidación, amenaza o engaño, un aborto o lesiones al feto.

b) Atentar contra la integridad física de su cónyuge, ascendientes o descendientes, produciéndole una lesión calificada como delito.

c) Ejercer habitualmente violencia sobre su cónyuge, o sobre sus ascendientes o descendientes o convivientes de la unidad familiar.

d) Realizar en la persona de su cónyuge, o de sus ascendientes o descendientes un delito de detención ilegal, secuestro o coacciones.

Por último se ha incluido también la reforma del art. 103 del CC para añadir un párrafo señalando que:

«Si en las demandas de separación o divorcio se alegasen como causa los malos tratos, o en las de nulidad la existencia de éstos como causa del vicio en el consentimiento, el juez, con carácter previo o posteriormente a la adopción de las medidas establecidas en el presente artículo, podrá acordar la práctica de una prueba pericial psicológica sobre el cónyuge presuntamente autor de los mismos.

La anterior medida se acordará en todo caso cuando se haya abierto juicio oral o haya sido condenado el cónyuge por los delitos establecidos en el punto 5º del art. 86, y se vaya a acordar un régimen de patria potestad compartida, o un uso no exclusivo de la vivienda familiar, u otras medidas que impliquen un acercamiento espontáneo y no vigilado del cónyuge a su entorno familiar. A results del pronóstico de comportamiento del cónyuge objeto de examen psicológico, el juez acordará lo procedente».

⁶ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. 122/000208. Proposición de ley de reforma del Código Civil en materia de proceso de separación y divorcio cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre cónyuges. Reforma los arts. 86 y 103 CC.

De esta manera, con independencia de que la propia fiscalía tendrá un conocimiento exacto de los hechos alegados en los procesos de familia que supongan la comisión de un ilícito penal, se amplía el elenco de posibilidades con esta reforma referida para poder extinguir el matrimonio por alguna de las circunstancias antes mencionada que hacen imposible, evidentemente, una vida en común.

La segunda medida incluida en el art. 103 CC tiene la suficiente importancia al facultar al juez a adoptar de oficio, con carácter previo o posteriormente a la adopción de las medidas provisionales previstas en el art. 103 CC, la práctica de una prueba pericial psicológica sin necesidad de que los inste alguna de las partes. Lo normal es que la Autoridad Judicial acuerde la medida de la pericial con anterioridad a la adopción de las medidas del art. 103 CC, habida cuenta que el resultado de la práctica de esta prueba le puede resultar de indudable interés para la adopción de las provisionales citadas mientras dura el procedimiento de separación o divorcio.

Pues bien, continuando con la importancia de este registro de causas por malos tratos resulta importante la consulta del listado de causas que puede haber contra una persona por este tipo de hechos a fin de poder instar la acumulación de las causas para su persecución como delito.

Precisamente, uno de los inconvenientes que existían para la utilización de la vía de la habitualidad en la comisión de estos hechos se centraba en las dificultades existentes para la apreciación de la habitualidad contemplada en el art. 153 CP que pueden y deben quedar subsanadas con este mayor conocimiento de los maltratadores reiterativos.

Por último, hay que señalar que en la propia Circular se reconoce que las ventajas del funcionamiento de este registro se centran en dos:

- Evitar el tratamiento inconexo de las conductas violentas reiteradas atribuibles a una persona y
- Facilitar una estadística fiable y completa.

c) Actuaciones del Fiscal para detectar la conexidad de las causas

Se reconocen en la propia Circular los problemas que han existido, precisamente, por este tratamiento inconexo que, hasta la fecha, se ha realizado de las conductas de maltrato en el seno de la familia, lo que ha propiciado la inaplicación del art. 153 CP, así como también una diferente graduación de la individualización o en la negativa a la suspensión en la ejecución de la pena.

Por todo ello, se propone la necesidad de la incoación de unas diligencias previas por delito, en lugar de la incoación y señalamiento a juicio de faltas, cuando de los datos que constan por el Registro especial

creado al efecto conste una reiteración en este tipo de hechos, circunstancia que facilitará la posterior adopción de otras medidas cautelares. Se insiste, por ello, en la necesidad de seguir el trámite posterior de Procedimiento abreviado dando cumplimiento a la propia Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado a fin de que por los Fiscales se dé cumplimiento a las funciones de impulso y simplificación del procedimiento al objeto de conseguir una rápida resolución del órgano judicial.

d) Obtención de una estadística en materia de malos tratos

Se insiste en la circunstancia a la que nos venimos refiriendo de obtener unos datos perfectamente fiables que hagan desaparecer esas cifras negras de la criminalidad que a lo largo de estos últimos años han constituido un auténtico lastre para conocer el alcance de este fenómeno. Por ello, el Registro específico creado en las fiscalías coadyuvará a la perfecta determinación del alcance real de la situación de la violencia doméstica en nuestro país.

II. Circular 2/1998 de la Fiscalía General del Estado sobre las ayudas a las víctimas de delitos dolosos y contra la libertad sexual

Con la misma eficacia en el análisis de los problemas que existen en este fenómeno que en la anterior Circular 1/1998, la Circular 2/1998 de la propia Fiscalía General del Estado precisa los deberes que incumben al Ministerio Fiscal en relación a las ayudas públicas a conceder a las víctimas de estos hechos delictivos.

En efecto, desarrolla la propia Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de Ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual con dos capítulos, destinado el primero a la protección económica a la víctima de un delito doloso violento o de un delito contra la libertad sexual, analizando el sistema de ayudas⁷ y el segundo dedicado a las víctimas de cualquier modalidad delictiva.

Los aspectos que, al objeto de la presente exposición sobre el fenómeno de los malos tratos a mujeres, nos interesa destacar son los siguientes, a saber:

a) Especial atención personal a las mujeres que han sido objetos de malos tratos

Las especiales características de esta modalidad delictiva hacen necesario que el trato que se presta a la víctima vaya acompañado de una

⁷ Desarrollado por el Real Decreto 738/1997 de 23 de Mayo que configura el Reglamento de Ayudas.

atención personal que impida que en futuras ocasiones las mujeres víctimas de malos tratos desistan de acudir a los organismos competentes cuando han sufrido una agresión.

En este sentido, circunstancias como la incomprensión de terceros ante el problema que sufre la mujer denunciante o la falta de atención a su problema pueden hacer que en otras ocasiones prefieran seguir sufriendo en la intimidad del hogar su problema que acudir a las instituciones competentes.

Por ello, se insiste en esta Circular en que por parte del Ministerio Fiscal se debe intentar recabar a favor de la víctima de cuantos recursos institucionales existan, si es el caso, en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, Diputación o Municipio para la asistencia psicológica y orientación personal de quienes han sufrido un delito. Por ejemplo, en el caso de la Comunidad Valenciana, la Consellería de Bienestar social de la Generalitat Valenciana acaba de aprobar un sistema de asistencia jurídica gratuita a las mujeres que sean víctimas de malos tratos físicos y psíquicos y que no tengan suficientes recursos propios para obtener una asistencia de un abogado que les asista en el proceso. Por ello, se articula un turno especial de oficio para estas mujeres.

Resulta también interesante la previsión contenida, a estos efectos, en el art. 16 de la Ley 35/1995 relativa a la constitución de oficinas de asistencia en la sede de los juzgados y Tribunales y de las fiscalías en que las necesidades lo exijan. En este sentido, la atención y protección a la víctima de los malos tratos supone un reforzamiento de la solidaridad social y reconforta la confianza en las instituciones por la asunción de una obligación que a éstas les compete en aras a garantizar la máxima satisfacción de los ciudadanos que tienen un problema de la máxima gravedad como el que ahora nos ocupa.

Ya hemos referenciado con anterioridad a que a los largo de los primeros nueve meses de 1998 se constituyeron oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos en las capitales de Oviedo, Zaragoza, Albacete, León, Valladolid y Murcia, más la de Palma de Mallorca que venía funcionando y desde el 20 de Julio se 1998 se instaló otra en Burgos.

b) Obligación del Estado de resarcir a las víctimas de delitos violentos

Desarrollando esta Circular las previsiones contenidas en la Ley 35/1995 se destaca que la obligación que se impone el Estado de indemnizar a las víctimas de delitos violentos no se llega a identificar con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, ni con las prestaciones de la Seguridad social.

Evidentemente, de lo que estamos tratando es de un fenómeno de socialización del riesgo existente de que se produzcan estas situaciones y

de la solidaridad que el Estado muestra con las víctimas de estos delitos. Ahora bien, de lo que se trata es de garantizar un mínimo a las víctimas ante la posibilidad de que se declare la insolvencia total o parcial del culpable de los hechos, lo que resulta obvio por cuanto se encierra la responsabilidad estatal en el marco de la subsidiariedad en la responsabilidad de abono de la indemnización a la víctima de tal manera que el art. 5.1 de la Ley 35/1995 determina que el importe de la indemnización cobrada del culpable y la ayuda estatal no puede exceder la cuantía de la condena impuesta en sentencia al culpable o responsable civil, so pena de caer en un enriquecimiento injusto.

En cuanto al concepto del abono de las ayudas por parte del Estado se significa que las mismas no constituyen indemnización, ya que, evidentemente, el Estado no fue parte condenada en el procedimiento penal, sino que lo que se trata con la asunción de esta obligación es buscar la garantía social de un contenido mínimo de resarcimiento.

c) La identidad de las víctimas y el concepto de víctima indirecta

Se recoge en la Circular que «no se debe cerrar la instrucción sin haber recabado prueba de la identidad de las víctimas y de los daños físicos y psíquicos que han sufrido.»

Pero no solamente se exige esta identificación que, por otro lado resulta obvia, sino que se destaca que se deben incorporar los suficientes elementos de prueba relativos a la realidad de los daños físicos y psíquicos sufridos por el agraviado y su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito. Nótese que se empezaba ya a hacer constar la referencia específica a los daños psíquicos que posteriormente iban a ser reconocidos en el Proyecto de reforma del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos a los que posteriormente aludiremos.

Por último, en este apartado no debemos olvidar que la comisión de los hechos delictivos de esta naturaleza de una manera reiterada han acabado desgraciadamente con la muerte de muchas mujeres que previamente había denunciado en multitud de ocasiones los malos tratos inferidos por sus maridos o compañeros sin que se le hubiera otorgado una respuesta eficaz a su problema. Esta situación produce otro tipo de víctima, como es el caso de los hijos que quedan en una situación de auténtico drama, con su padre en la cárcel y su madre fallecida. Por ello, con independencia de que se proceda a la cobertura de unas ayudas de tipo económico a estas víctimas es preciso el establecimiento de un arco protector en las diferentes áreas en las que pueden resultar necesitados estos menores, obligación, por ello, ineludible de la administración.

En el Informe aprobado por el Pleno del CGPJ de fecha 21 de Octubre de 1998 con respecto al Proyecto de reforma del CP en materia de violencia doméstica se recoge expresamente que este fenómeno no es un problema exclusivo de las mujeres, sino que se extiende a los hijos que conviven en el seno de la familia y que se encuentran obligados a soportar un clima de violencia que les afecta psicológicamente, perturbando, además, el normal desarrollo de su proceso de aprendizaje, toda vez que asimilan un modelo de conducta que puede fomentar en el futuro su actitud agresiva o la normal asunción de su condición de víctimas de la agresión.

¶) ¿Y qué medidas se van a adoptar en la lucha contra la violencia doméstica?

1. *El II Plan de Acción contra la violencia doméstica*

El día 11 de Mayo de 2001, el Consejo de Ministros aprobaba el II Plan de Acción contra la Violencia doméstica, un Plan en el que se han recogido una serie de medidas para intentar luchar contra un fenómeno que toda la sociedad, desde todos los sectores de la Administración y la propia ciudadanía, quiere atajar de una vez por todas.

Recordemos que este II Plan es la continuación del I Plan de Acción que fue aprobado en el Consejo de Ministros en fecha 30 de Abril de 1998 con el fin de dar cumplimiento a los acuerdos adoptados en la Conferencia Sectorial de la Mujer en la que participaron todas las Comunidades Autónomas en el año 1997.

Mientras que este I Plan de Acción tenía una vigencia de dos años se pretende, en principio, que este segundo Plan se prolongue hasta el año 2004 recogiendo todas las iniciativas que se han ido planteando desde diferentes colectivos a fin de articular medidas que se ejecuten por todos los sectores partícipes en esta problemática, es decir, Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, Jueces, Fiscales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Médicos, educadores, asistentes sociales, Instituto de la Mujer asociaciones de Mujeres, etc. En definitiva, los componentes de todas las instituciones y de aquellas organizaciones no pertenecientes a la Administración que llevan mucho tiempo luchando por encontrar soluciones que resulten realmente efectivas. Pero ¿Cuáles son estas medidas?

Entre las soluciones que se han adoptado en este II Plan de Acción encontramos la de la formación de un turno de abogados de oficio especializado, la implantación de un sistema de telealarma en las mujeres amenazadas, la intensificación de la puesta en marcha de centros de emergencia y pisos tutelados, la formación ocupacional de las mujeres en centros de acogida y la continuación de acciones de sensibilización social de los medios de comunicación social a fin de ir transmitiendo

imágenes que impliquen subordinación entre sexos. En efecto, se pretende afrontar una serie de medidas, que son en su mayor caso preventivas y en otros de asistencia a las víctimas de estos delitos, para que las mujeres que acudan a denunciar estos hechos puedan encontrar un ambiente de protección y tratamiento que les convenza de que la sociedad en su conjunto quiere sacarlas de la situación de oscurantismo que han podido vivir hasta ese momento. Además, se introducirá la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, la sustitución de las penas de multa por trabajos en beneficio de la comunidad o la privación del derecho de tenencia de armas a los agresores.

Estas medidas tienen, por otro lado, la intención de hacer salir a flote la situación real de la violencia doméstica que existe en España, ya que, como hemos reseñado en otras ocasiones, uno de los problemas de este fenómeno es el desconocimiento de la situación real que sufren las mujeres y la cuantificación de los hechos de malos tratos. Por ello, nos hemos preguntado en muchas ocasiones ¿Cómo es posible ofrecer soluciones a un problema en el que se desconoce el alcance real de su dimensión?

■ *¿Cuál es la cifra real de hechos de violencia doméstica que ocurren anualmente en nuestro país?*

Para conocer los números y cifras reales el Instituto de la Mujer se ha preocupado en los últimos tiempos de realizar encuestas que esclarecieran este punto. Así, en el año 1999 llevó a cabo una macroencuesta sobre «La violencia contra las mujeres» cuyos resultados demostraron que el 4,2 % de las mujeres españolas mayores de edad habían declarado ser víctimas de malos tratos durante el año 1999, cifra que representaba un total de 640.000 mujeres, aproximadamente. Según esta encuesta, un total de 1.865.000 mujeres entre las 15.028.000 de esta edad, el 12,4% son, en realidad, víctimas de maltrato en el hogar, y aunque no habían reconocido expresamente serlo, de las respuestas que daban a muchas preguntas se llegó a la conclusión de que «técnicamente» lo estaban siendo, aunque no quisieran reconocerlo, lo que da un alcance del problema de este fenómeno en el que existen víctimas que ni tan siquiera saben que lo son. Realmente impresionante.

Sobre este tema expuse en la revista *La Ley*⁸ un trabajo en el que planteaba una serie de propuestas para luchar contra este fenómeno y en el que analizaba la necesidad de promover los juzgados especializados en violencia doméstica, ya que, entiendo, es la pieza angular de este nuevo sistema de protección frente a la, también denominada, violencia de género.

⁸ «Propuestas para una reforma integral en materia de violencia doméstica». Por Vicente Magro Servet. En *La Ley* de fecha 21 de Diciembre de 2000.

Ofrecía unas cifras que antes he reseñado y que demostraban que el número de denuncias que presentaban las mujeres que eran objeto de maltrato se iba incrementando. Veamos:

- 1997: 24.614
- 1998: 26.910
- 1999: 29.405
- 2000: 30.269

Es decir, vemos que el año pasado se llegó a romper la cifra de las 30.000 denuncias. Sin embargo, las cifras reales que parecen desprenderse de la encuesta y el posterior informe realizado por el Instituto de la Mujer antes citado dan a entender que estamos ante lo que personalmente denomino *la punta del iceberg en la violencia de género*. Si las cifras reales, no constatadas, se sitúan en cerca de 600.000-700.000 hechos de maltrato estamos hablando de porcentajes muy reducidos de las mujeres que acuden a comisarías y juzgados a denunciar las agresiones de las que son objeto.

Nótese que de las denuncias presentadas en el año 2000 (30.269) frente a las de 1999 (29.405) tenemos un porcentaje de incremento del 2,94%. Prácticamente insignificante.

Por otro lado, se va a trabajar decididamente en el tema de la prevención. Es en esta dirección hacia donde también deben dirigirse las actuaciones de las Administraciones implicadas en este tema. Ante esta circunstancia se han intensificado los controles de las medidas cautelares y el Instituto de la Mujer viene adoptando un seguimiento de las medidas acordadas en prevención y evitación de las agresiones a mujeres cuando éstas ya han denunciado su situación en comisarías y juzgados, toda vez que se entiende que si la denuncia no lleva aparejada medidas efectivas esa mujer no volverá a presentar una nueva denuncia en el futuro.

Debemos recordar, y antes lo hemos señalado, las cifras de mujeres que fallecieron en los últimos años a causa de esta violencia desatada y que hacíamos referencia en el trabajo antes referido. Así:

- 1994: 42
- 1995: 45
- 1996: 64
- 1997: 91
- 1998: 32
- 1999: 42
- 2000: 67

Realmente, comprobamos que el número de mujeres que fallecen en este tema de la violencia doméstica no solo desciende sino que se incrementa, cuando en el último año se adoptaron una serie de medidas para

luchar contra este fenómeno. Eso quiere decir que hacen falta nuevas medidas eficaces no adoptadas hasta la fecha que den la vuelta a esta situación, y una de ellas es la de la especialización.

■ *Los nuevos juzgados especializados en violencia doméstica*

Otra de las medidas que se van a plantear es la relativa a la especialización de juzgados, fiscales y personal asistente en esta materia, a fin de extender a nivel nacional el ejemplo de Alicante, Elche y Orihuela (únicos juzgados de malos tratos que han existido en España desde el 1 de Diciembre de 1999). En este sentido, como en todos los órdenes, cuando se comprueba la necesidad de intensificar el tratamiento de una materia nada hay más positivo como la propia especialización a la hora de luchar contra los problemas que puedan plantearse. Pero ¿Cuáles fueron las cifras que ha ofrecido el plan experimental de estos juzgados?

En el trabajo publicado por *La Ley* de fecha 21 de Diciembre de 1999 destaqué que la experiencia había sido altamente positiva en cuanto a la actuación directa que los tres jueces de Alicante, Elche y Orihuela habían tenido a la hora de conocer con exactitud la situación real por la que atravesaban las mujeres que eran objeto de maltrato en su respectivo Partido Judicial, aprobándose un protocolo de actuación conjunta entre todas las Administraciones implicadas.

Ahora bien, el dato más concluyente lo fue el número de denuncias presentadas en los tres Juzgados, que, hacia finales de año, se situaban en torno a las 1.400-1.500 denuncias. Esta cifra es importantísima si analizamos que en todo el ámbito nacional (estamos hablando de cifras cercanas a los 1.300-1.400 Juzgados de Instrucción) se han presentado cerca de 29.000 denuncias, mientras que en sólo tres Juzgados (éstos especializados en esta materia) se habían interpuesto cerca de 1.500. Las cifras hablan por sí solas del grado de confianza que había inspirado la puesta en marcha de estos Juzgados especializados a las mujeres que eran objeto de maltrato, al comprobar que podían ser atendidas con un tratamiento específico e individualizado. Además, no tenían que ir de un Juzgado a otro buscando o interesando las copias de las denuncias que habían presentado en otro momento para adjuntarlas a la correspondiente, a fin de que pudiera apreciarse la habitualidad y, con ello, el delito tipificado en el art. 153 del Código Penal por la reforma de la Ley 14/1999 de 9 de junio.

1 *Implicación de la sociedad en el fenómeno de la violencia doméstica*

No es posible que la sociedad se quede al margen de este problema, ya que una de las principales causas de que este tipo de hechos no terminen de controlarse es por el efecto inhibitor de algunas personas que

piensan que este es un problema de unos pocos y que en modo alguno afecta a la sociedad como tal.

2. *Políticas de prevención*

La principal finalidad de la creación de juzgados específicos de malos tratos viene dirigida a una potenciación en la adopción de las medidas cautelares previstas en el nuevo art. 544 bis Leocr. introducido por la reforma de la Ley 14/1999, de 9 de Junio.

3. *Mejora de los cauces de información institucional*


Hay que insistir en mejorar los cauces de información institucional a fin de que todas las Administraciones implicadas en este tema (Justicia, Interior, Educación y Cultura, Sanidad y Trabajo y Asuntos Sociales) extiendan su política de información institucional por los cauces que tienen habilitados para que toda la información que puedan suministrar pueda llegar a estas mujeres.

4. *Fomento de las políticas de educación en valores*

Deben acentuarse las políticas dirigidas a concienciar a la sociedad de la necesidad de un cambio cultural desde la infancia que determine una absoluta concienciación de la gravedad del maltrato a las mujeres.

5. *Actuación coordinada entre todas las Administraciones que están implicadas en este tema*

En efecto, el tratamiento multidisciplinar del fenómeno hace que esto no sea un problema de unos pocos sino del conjunto de la sociedad. Solamente si miramos en esta línea obtendremos vías de respuesta a los problemas que todavía existen.

Cierto que estamos avanzando. Cierto es que las últimas medidas a favor de la lucha contra la violencia doméstica incluidas en el II Plan de Acción aprobado por el Consejo de Ministros el día 11 de Mayo de 2001 han puesto de manifiesto que exista plena intención de resolver el problema, pero solamente si aunamos esfuerzos, ideas e iniciativas avanzaremos. 

FUNDAMENTO DE LA LEY DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

César García Novoa

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Santiago

1. Introducción

El Boletín Oficial del Estado del pasado 13 de diciembre de 2001 publicaba la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (LGEP), que tendría como complemento la publicación, al día siguiente, de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre. Este segundo texto normativo viene a ser una consecuencia de la pretensión de establecer una filosofía de control del gasto público para todas las Administraciones territoriales, para lo cual la Ley Complementaria 5/2001, con carácter de ley orgánica, se autocalifica norma de coordinación, dictada al amparo de la competencia que la Constitución reserva al Estado en su art. 156, 1 y al que también se refiere la LOFCA en su art. 3. Todo ello, a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2001 proponga una «aplicación» conjunta de ambas leyes. En cualquier caso, una y otra ley son, como la propia Exposición de Motivos del LGEP señala, normas transitorias, no evidentemente en su vigencia, sino en lo que concierne a las circunstancias que dieron lugar a la regulación que se establece: son transitorias en tanto no se acometa la adopción de una nueva Ley General Presupuestaria, en la cual, en cuanto norma codifica-

dora en materia de gasto público, deben tener acomodo «natural» las reglas de estabilidad presupuestaria. Transitoriedad que, en cualquier caso, no ha impedido una gran repercusión política de estas disposiciones, respecto a las cuales ya se han anunciado diversos recursos de inconstitucionalidad por parte del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y de diversas Comunidades Autónomas.

Objetivo de las presentes líneas es analizar el «fundamento» de estas dos leyes. En tanto normas de Derecho, el fundamento de ambos textos es necesariamente jurídico, aun cuando la motivación o el criterio de oportunidad política para su adopción sean estrictamente económicos. Así pues, debemos entender por *fundamento* un fundamento de Derecho. Desde nuestro punto de vista, cuando se habla de *fundamento* de la LGEP y su Ley Orgánica Complementaria debemos pensar en tres circunstancias que deberán ser analizadas por separado.

En primer lugar, el fundamento de toda norma debe estar en el texto Constitucional. Sin pretender extendernos en este tema, conviene recordar que las Constituciones no se reducen en la actualidad a un mero estatuto de organización y limitación del poder, sino que tienen como finalidad ser el **fundamento ordenador**, de la vida de la Comunidad, lo que se consigue a través de su «función conformadora»¹. En este sentido, la Constitución se afirma como *norma normarum*, regulando el proceso de creación y modificación de normas jurídicas y condensando los valores jurídico-políticos fundamentales que sirven de criterio de validez y aplicación del Derecho. Estas apreciaciones son especialmente aplicables a lo que podemos llamar *Constitución Financiera*, es decir, las disposiciones del texto constitucional que se refieren a la *actividad financiera* del Estado y que, por tanto, establecen los principios referidos a los ingresos y gastos públicos.

Siendo necesario buscar el fundamento de la LGEP en la Constitución, una primera acepción de lo que se debe entender por «fundamento constitucional» consistiría en lo que, para la propia Exposición de Motivos de la Ley de Estabilidad, constituye la razón de oportunidad u *ocasio legis* del mismo: el cumplimiento de determinados compromisos por parte del Estado español adquiridos en el marco de la Unión Europea. En concreto, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado en el Congreso de Amsterdam de junio de 1997 y las recomendaciones del Consejo Europeo de Santa María de Feira, en junio de 2000. Por tanto, en primer lugar, la LGEP y su Ley Orgánica Complementaria tienen su fundamento en ciertos compromisos internacionales del Estado en el ámbito comunitario.

¹ Véase al respecto, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Ed. Almedina, Coimbra, 1983, págs. 115-116.

La segunda manifestación del fundamento constitucional de la LGEP, una vez aclarado que estas leyes se dictan en cumplimiento de esos compromisos comunitarios, será ver si la LGEP y el concepto de *estabilidad presupuestaria*, objeto de la misma, tienen encaje, como parte del régimen jurídico del gasto público, en el régimen presupuestario diseñado por la Constitución.

Una tercera y última manifestación del fundamento constitucional de la LGEP y de su Ley Orgánica Complementaria es el que deriva de la organización territorial del Estado. Teniendo en cuenta que uno de los aspectos más importantes de estas leyes relativas a la estabilidad presupuestaria es el concerniente a los mecanismos que se habilitan para garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad en todos los niveles territoriales, será importante determinar qué competencias puede esgrimir el Estado en cada caso para garantizar el cumplimiento de los objetivos previstos en todos los niveles de Administraciones Públicas y para implementar las medidas de coordinación presupuestaria necesaria. A estos solos efectos, **fundamento constitucional** equivaldrá a **títulos competenciales**.

En las páginas siguientes vamos a referirnos a estas tres expresiones de lo que podemos entender como **fundamento constitucional de LGEP**, empezando por aventurar un concepto de lo que se entiende por estabilidad presupuestaria.

2. Concepto de estabilidad presupuestaria. El déficit y el equilibrio

Señala el art. 1 de la LGEP que el objeto del texto normativo es «el establecimiento de los principios rectores a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público en orden a la consecución de la estabilidad y crecimiento económicos en el marco de la Unión Económica y Monetaria» y «la determinación de los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva del principio de estabilidad, de acuerdo con los principios derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento». El Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997 trae causa de los Consejos europeos de Madrid de diciembre de 1995 y Florencia de junio de 1996, en los que la estabilidad se erige como principal manifestación de las exigencias de «disciplina presupuestaria». La necesidad de garantizar la disciplina presupuestaria iba a adquirir carta de naturaleza en el Consejo europeo de Dublín, en diciembre de 1996, en el cual se acordaría perfilar el Pacto de Estabilidad, dándole carácter de texto jurídicamente vinculante, con la finalidad de que una de las condiciones de convergencia para el acceso a la Tercera Fase de la Unión monetaria –sobre todo la prohibición de un déficit en la liquidación del presupuesto superior al

3% del Producto Interior Bruto de cada Estado— pasase a convertirse en un principio jurídico permanente de la Unión Europea.

La estabilidad presupuestaria es una de las manifestaciones de la estabilidad económica y financiera, objetivo de la Unión Económica y Monetaria y de la moneda única. Y la estabilidad presupuestaria parece indefectiblemente ligada a la «exclusión del déficit».

El rechazo al déficit, es como veremos, un principio de la Hacienda clásica. Desde la perspectiva de los clásicos, una definición de «déficit» puede ser la que nos da Duverger: «...hay déficit cuando el conjunto de los gastos del Estado es superior a los recursos obtenidos de los impuestos y de las rentas patrimoniales, lo que obliga a financiar el excedente, bien mediante el empréstito, sea mediante la tesorería (empréstitos a corto plazo), bien mediante la emisión de dinero»².

Señalemos que cuando hablamos de déficit presupuestario podemos estar refiriéndonos a *déficit en la elaboración y presentación de los Presupuestos*, y *déficit tras su ejecución y liquidación*.

Respecto al primer supuesto, nos encontraríamos ante el llamado *déficit contable*, también conocido como *déficit inicial*, que encaja con la definición del instrumento presupuestario a que se refiere el art. 48 del TR de la LGP, que lo viene a entender como la diferencia entre las obligaciones que, como máximo, puede reconocer el Estado y los derechos que se prevean liquidar durante el ejercicio económico. Sería aquella situación en la cual los Presupuestos arrojan una situación inicial en la que los gastos autorizados o que se pretenden autorizar, sobrepasan los ingresos previstos. Por su parte, el déficit resultante de la liquidación del Presupuesto se dará en aquellos casos en que la liquidación del Presupuesto revele un exceso de gasto público efectuado sobre los ingresos públicos presupuestados.

El déficit contable o inicial, al recoger exclusivamente diferencias entre presupuestos iniciales, tiene un valor relativo³. En la mayoría de los casos, resultará excluido por motivos puramente formales. Como señala Fuentes Quintana, la utilización de la «partida doble», exige, por su propia esencia, la posición de equilibrio «formal» o «contable» en las cuentas, y, por tanto, la exclusión del déficit⁴. En este mismo sentido, proclama Chelliah que «en un determinado sentido el presupuesto está siempre equilibrado, entradas igual a salidas...»⁵.

² DUVERGER, M., *Hacienda Pública*, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, pag. 193.

³ FRANCES SÁNCHEZ, F.L., «Análisis del déficit del Estado», *HPE*, nº 63, 1980, pag. 31.

⁴ FUENTES QUINTANA, E., *Hacienda Pública. Introducción y Presupuesto*. I. Rufino García Blasco, Madrid, 1987, pag. 245.

⁵ CHELLIAH, R. J., «El significado de conceptos alternativos del déficit presupuestario», en *La Economía del Déficit Público*, IEF, Madrid, 1984, pag. 85.

Sin embargo el «déficit» que debe rechazarse a partir de las disposiciones comunitarias es el que se deduce de la definición del Sistema Europeo de Cuentas Integradas y que se caracteriza, no por significar un desequilibrio contable entre ingresos y gastos, sino por no respetar la regla según la cual «determinados gastos se nivelen con determinados ingresos»⁶. Este es el llamado «*déficit económico*», también conocido como «*déficit de gestión*»⁷. Es decir, aquel en que los gastos de un ejercicio, restados los que se destinan a amortización de la Deuda Pública preexistente, son superiores a los ingresos ordinarios, es decir, ingresos tributarios, rentas del patrimonio público, y precios públicos. La definición de este tipo de déficit se acomoda más al concepto de Presupuesto del art. 49 del TR de la LGPE, que atiende al reconocimiento de derechos y a la liquidación de obligaciones durante el ejercicio, y sobre todo, a aquella situación en que estas operaciones generan un desequilibrio. Este desequilibrio normalmente se cubrirá acudiendo a la emisión de nueva Deuda Pública, por lo que *déficit* puede equivaler a endeudamiento neto. Es decir, habrá déficit cuando deba acudir a la emisión de *nueva* deuda, por encima de la que se amortiza el propio año⁸.

Este concepto de déficit, que arranca de las exigencias del Tratado de Maastricht, afecta tanto al déficit inicial o presupuestado como al déficit liquidado. Respecto al déficit inicial, a efectos jurídicos habrá déficit cuando los gastos públicos se cubran con ingresos públicos obtenidos con deuda pública *superior* a la que se amortiza en el ejercicio presupuestario correspondiente. Y ello aunque no haya déficit contable. Si, por ejemplo, hay equilibrio entre ingresos y gastos, pero parte de los ingresos previstos para cubrir los gastos programados se han de sufragar a través de un endeudamiento neto, jurídicamente el Presupuesto se está planteando deficitariamente. De igual manera, habrá siempre déficit liquidado cuando los gastos públicos realizados excedan de los ingresos obtenidos y hayan de financiarse con un endeudamiento público adicional neto.

Este déficit, como consecuencia de las operaciones de liquidación, merecía tradicionalmente una valoración estrictamente económica, matizada por fuertes connotaciones ideológicas. Desde postulados liberales que inspiraban la concepción «clásica» de las finanzas públicas, se rechazaba el déficit al entender que los gastos públicos no sólo deberían

⁶ LOZANO IRUJESTE, J. M., *Introducción a la Teoría del Presupuesto*, IEF, Madrid, 1983, pag. 30.

⁷ FRANCÉS SÁNCHEZ, F. L., «Análisis del déficit del Estado», op. cit., pag. 32.

⁸ PÉREZ DE AYALA, J. L., «La Unión Económica y Monetaria y sus repercusiones en el Derecho Financiero Español», en *Sistema Fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pag. 200.

quedar reducidos a los estrictamente necesarios, sino que los mismos deberían resultar íntegramente cubiertos, en circunstancias normales, por los impuestos, lo que suponía también una implícita limitación al crecimiento de la presión fiscal⁹. Se llegó incluso a formular una «regla de oro» de la buena gestión presupuestaria, según la cual era repudiable el déficit, especialmente el motivado por gastos corrientes o de consumo. La financiación del déficit con cargo al crédito público debería rechazarse, además, por suponer trasladar a las generaciones futuras la carga de hacer frente a ese exceso de gasto actual¹⁰. Conviene señalar, no obstante, que el rechazo de los «clásicos» al déficit no es tan radical ni absoluto como a veces se hace creer. El «déficit» se consideraba un mal, pero un mal admisible en situaciones excepcionales, por lo que el recurso al crédito público debería ser limitadísimo y circunscrito a supuestos especiales.

Pero la teoría clásica no se limitaba a condenar el déficit presupuestario, es decir, el exceso de gastos con relación a los recursos ordinarios disponibles, sino también el *superávit* de ingresos¹¹. Una política presupuestaria destinada a formar lo que se llaman «sobrantes presupuestarios», no resultaría admisible para los clásicos, puesto que, como dice Duverger, en la teoría clásica «estas cantidades atesoradas son absorbidas de la economía y conducen a esterilizar una parte del poder de compra, frenando la economía»¹².

Frente al déficit se postula el «dogma del equilibrio», hasta el punto de que el equilibrio pasa a considerarse un principio elemental del presupuesto clásico. Este principio de «equilibrio presupuestario», puede catalogarse como verdadero axioma de la teoría clásica del presupuesto¹³.

Posteriormente, el keynesianismo vendría a admitir un tipo de déficit que podríamos calificar como «cíclico»¹⁴. En situaciones de recesión económica, la necesaria intervención del Estado propiciaría un aumento del

⁹ ROGARI, U., *Il bilancio dello Stato*, Cedam, Padova, 1977, pag. 198.

¹⁰ KAUFMANN, M., *El equilibrio del presupuesto*, Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1964, pags. 125 a 129.

¹¹ GIULIANI FONROUGE, C. M., *Derecho Financiero*, Vol. I, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987, pag. 168.

¹² Duverger, M., *Hacienda Pública*, op. cit., pags. 194-195.

¹³ Así se venía a afirmar, como recoge KAUFMANN, M., que «el presupuesto equilibrado es el fundamento de toda buena política financiera y de un desarrollo estable y sostenido», *El equilibrio del presupuesto*, op. cit., pag. 125.

¹⁴ «...una política de grandes gastos públicos no es criticable cuando se lleva a cabo en épocas de depresión, para conducir las magnitudes económicas a una posición que posibilite la ocupación plena de los recursos disponibles...». Sobre el tema, ATCHABAIAN, A.; MASSIER, G., *Curso de Conatibilidad Pública*, Ed. Aguilar, Madrid, Buenos Aires, México, 1963, pag. 162.

gasto, no sólo de inversión, sino en el capítulo de transferencias corrientes –pagos por prestaciones asistenciales y por desempleo, subvenciones a empresas en crisis...–, a lo que habría que unir la reducción de ingresos públicos, sobre todo por la caída de la productividad y las contracciones salariales. En estas situaciones, tanto el déficit como el aumento de endeudamiento neto que este provocaba, estarían justificados¹⁵.

Sin embargo, el enquistamiento de este déficit, que dejó de ser «cíclico» para convertirse en «estructural», llevó a plantearse la adopción de medidas de limitación. Esas medidas, que comenzaron siendo simples propuestas teóricas claramente opuestas a los postulados keynesianos, terminaron por tener reflejo en las normas jurídicas¹⁶.

La crisis del keynesianismo y su reflejo jurídico, supuso un rechazo al déficit presupuestario y, en su lugar, la difusión del principio de «consolidación fiscal» que tiene en la estabilidad presupuestaria su principal rasgo definitorio, especialmente exitosa en los años ochenta en algunos países de la OCDE, como Estados Unidos o Gran Bretaña. En esa línea, y frente al «dogma del equilibrio», la LGEP propone la alternativa de la «estabilidad». La estabilidad, a diferencia del equilibrio y tal como lo define el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997, consiste en «conseguir situaciones próximas al equilibrio o superávit». Así, el art. 3,2 de la LGEP define la «estabilidad» como «la situación de equilibrio o superávit, computada en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

Pero no supone tampoco excluir el déficit. De hecho la LGEP no lo prohíbe, sino que configura las situaciones de déficit como excepcionales, obligando al Ministerio de Hacienda a presentar ante las Cortes un programa de corrección justificativo de las causas que han originado el desequilibrio, así como de las medidas que piensan adoptarse para remediar la situación a medio plazo¹⁷.

Así pues, la estabilidad presupuestaria constituye una técnica de saneamiento de las finanzas públicas que tiene como núcleo esencial el control y limitación del déficit. La idea de estabilidad está presidida por una tendencia a la exclusión del déficit, pues los Presupuestos deben formularse en situaciones de «equilibrio o superávit», previéndose en el

¹⁵ Recuerda KAUFMANN, M., que el presupuesto compensatorio requiere para su aplicación la existencia de una desocupación permanente y la abundancia de ahorros ociosos por falta de inversiones; *El equilibrio del presupuesto*, op. cit., pags. 120 y ss.

¹⁶ FERNÁNDEZ CAÍNZOS, J. J., Estudio Preliminar, en *La Economía del Déficit Público*, IEF, Madrid, 1984, pag. 29.

¹⁷ URÍA FERNÁNDEZ, F., «La Ley General de Estabilidad Presupuestaria», ponencia del Seminario del IEF (inédita), pag. 1.

art. 8 de la LGEP, la fijación de un «objetivo de estabilidad presupuestaria», que significa que las Cortes se autovinculan a la hora de excluir el déficit en la elaboración del Presupuesto. Excepcionalmente, se admiten situaciones de déficit, que deberán ser justificadas «mediante la exposición de las causas que las ocasionan y la identificación de los ingresos y los gastos que las producen, y requerirán la formulación de un plan de saneamiento a medio plazo para su corrección» (art. 7, 3 de la LGEP). En concreto, la aprobación excepcional de los presupuestos con déficit impone al Gobierno la obligación de remitir a las Cortes un plan económico-financiero de corrección del desequilibrio, que contendrá la definición de las políticas de ingresos y gastos que sea preciso aplicar para corregir dicha situación en los tres ejercicios presupuestarios siguientes. Un plan económico-financiero similar, está previsto en los casos en que el déficit sea consecuencia de la liquidación del Presupuesto.

3. Fundamento de la Ley en la normativa comunitaria

3.1. *El Tratado de Maastricht*

Como dijimos, el primer fundamento de la futura LGEP radica en determinadas exigencias impuestas por la normativa comunitaria.

Fue precisamente el Derecho Comunitario el que dotó al déficit y a la lucha contra el déficit público de un rango jurídico. Hasta entonces, y a pesar de que existían normas de Derecho, y en especial, disposiciones de carácter constitucional que se referían al fenómeno del déficit, se trataba de una cuestión que quedaba confinada en el ámbito de lo económico, cuando no de lo puramente ideológico¹⁸. Sólo algunas disposiciones desperdigadas en nuestro ordenamiento interno se referían de modo directo o indirecto a la limitación del déficit. Así el TR de LGE en su art. 54, Primera, establece la prohibición de déficit inicial de los presupuestos de Organismos autónomos, así como de créditos destinados a obligaciones de carácter permanente que excedan de sus ingresos ordinarios. También la prohibición de déficit inicial en el ámbito de los Presupuestos Locales, para los cuales el art. 146, 4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, excluye expresamente esta situación inicial de déficit.

Pero la verdadera «revitalización jurídica» del déficit, va a tener lugar como consecuencia del artículo 104 C, 1 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, modificado por el Tratado de Maastricht de 7 de

¹⁸ Sobre la evolución histórica de las distintas ideologías relativas al gasto público, véase FERNÁNDEZ CAÍNZOS, J. J., Estudio Preliminar, op. cit., en especial páginas. 15 a 25.

febrero de 1992, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993 (art. 104 en la numeración posterior al Tratado de Amsterdam). El Tratado de la Unión Europea, jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros, impone a estos evitar un «*déficit público excesivo*». La prohibición del déficit, por efecto de la norma comunitaria dotada de eficacia directa en todos los Estados miembros, se convierte de esta manera en un principio jurídico. A partir de este momento, el déficit deja de ser una cuestión de naturaleza contingente o no necesaria, vinculada a una determinada ideología política o a la coyuntura económica, para convertirse en un principio de Derecho.

Esa «juridificación» del déficit es consecuencia de otro proceso bien definido, como es la fijación de las condiciones de convergencia para el logro de la Unión Económica y Monetaria. Como consecuencia de las conferencias intergubernamentales iniciadas en diciembre de 1990 y del Tratado de Maastricht, se establece como objetivo de la Segunda Fase de la Unión Monetaria (que discurriría del 1 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1998), la convergencia de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros, con el fin de garantizar la estabilidad de precios y el saneamiento de la situación de las finanzas públicas.

Esas condiciones de convergencia se refieren al déficit y a la deuda pública. Así el Tratado y los Protocolos anejos (en concreto, el Protocolo 5, sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo y que fue desarrollado por el Reglamento 3605/1993, de 22 de noviembre) prohíben el déficit que computado año por año, supere el 3 por 100 del Producto Interior Bruto. Por lo tanto, el Tratado de la Unión Europea, cuya aplicación directa en nuestro país es innegable, impone una gestión presupuestaria que impida que la operación de liquidación traduzca un déficit superior al 3 por 100. Por otro lado, el propio Tratado de Maastricht introduce una segunda limitación, cuando prohíbe un endeudamiento neto o acumulado a la Deuda ya preexistente de años anteriores superior al 60 por 100 del Producto Interior Bruto del año que se esté considerando; ello incidirá también en el déficit si partimos del concepto que hemos dado del mismo como equivalente a «endeudamiento neto». Además, la Unión Económica impone otras reglas adicionales de disciplina presupuestaria, como la prohibición de financiar los déficits públicos recurriendo a los Bancos Centrales o a mecanismos coactivos de colocación de la deuda pública –lo que ha dado lugar, en nuestro país, a la reforma del art. 118 de la Ley General Presupuestaria por la Ley 21/1993, de 29 de diciembre¹⁹– o el principio de que cada entidad territorial es responsable de su propia deuda pública, prohi-

¹⁹ Reforma que entra en vigor, coincidiendo cronológicamente con el inicio de la Segunda Fase de la Unión Monetaria. Ya antes del comienzo de esta segunda fase, el

biéndose la llamada «asistencia financiera mutua» (art. 104 B, 103 en la actualidad)²⁰.

Dejando claro que el Tratado prohíbe en los Estados miembros el déficit público excesivo, la posible existencia en algún Estado de déficit público excesivo, puede, según el art. 104 del Tratado, ser apreciado por la Comisión, la cual dará inicio a lo que se denomina «procedimiento del déficit excesivo». Este procedimiento comienza con el informe que la Comisión trasladará al Consejo, el cual por mayoría cualificada, sobre la base de la recomendación de la Comisión, y tomando en cuenta las observaciones del Estado en cuestión, decidirá si existe o no déficit excesivo y dirigirá al Estado miembro de que se trate las recomendaciones para poner fin a esta situación, así como el plazo para adoptarlas, a través de lo que se ha dado en llamar «mecanismo de alerta preventiva»²¹. Si el Consejo comprobase que no se han seguido sus recomendaciones, podrá hacerlas públicas y si el Estado miembro en cuestión persistiese, el Consejo podrá decidir que se formule una advertencia a dicho Estado para que adopte, en un plazo determinado, las medidas dirigidas a la reducción del déficit.

Pero, como ya dijimos, estas medidas no podían estar vinculadas a la coyuntura del momento, ni considerarse unas simples exigencias ocasionales de convergencia económica. La aspiración de estabilidad que está detrás de la pretensión de crear una moneda única, es incompatible con el déficit público y convierte al «déficit público no excesivo» en un «principio jurídico inherente a la Unión»²². A lo que hay que unir que las disposiciones del Tratado relativas a la Unión Económica imponen la coordinación de las políticas económicas con arreglo a las orientaciones generales que establezca el Consejo Europeo.

1 de enero de 1994, se limitó el endeudamiento del Estado con el Banco de España, que se puso de manifiesto con la redacción que al artículo 101,4 del TR de la LGP dio la Ley 4/1990, de 29 de junio. Este precepto decía: «el saldo vivo, al cierre de cada ejercicio, del endeudamiento neto del Estado frente al Banco de España, según se define en el número anterior, no podrá exceder del importe de dicho saldo a 31 de diciembre de 1989, cuyo importe íntegro quedará consolidado como crédito singular del Estado». Véase ORÓN MORATAL, G., «consecuencias de la integración en las Comunidades Europeas sobre el Derecho Financiero y Tributario», *Civitas, REDE*, n.º 97, 1998, pag. 87.

²⁰ PÉREZ DE AYALA, J. L., «La Unión Económica y Monetaria y sus repercusiones en el Derecho Financiero Español», op. cit., pag. 207.

²¹ En círculos políticos se ha insistido mucho en la importancia de esta «alerta preventiva» para garantizar la credibilidad del Pacto de Estabilidad. Credibilidad que no ha quedado muy bien parada cuando, recientemente, el Consejo decidió no someter a votación la recomendación de poner en marcha el mecanismo de alerta preventiva hecha por la Comisión a los Gobiernos alemán y portugués.

²² PÉREZ DE AYALA, J. L., «La Unión Económica y Monetaria», op. cit., pag. 201.

7 El Pacto de Estabilidad y Crecimiento

Aunque la limitación del déficit fijada en el Tratado de la Unión Europea respondía a exigencias coyunturales de cumplimiento de los requisitos de convergencia para acceder a la primera fase de la moneda única, sería a partir del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo de Amsterdam de 1997, cuando la limitación del déficit público se eleve a la categoría de instrumento de política económica en los distintos Estados de la Unión Europea.

El fundamento comunitario más inmediato de la LGPE es, por tanto, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Este Pacto está integrado, fundamentalmente, por dos disposiciones de naturaleza distinta.

Por un lado, el núcleo del Pacto viene constituido por un compromiso con «el objetivo de unas finanzas públicas saneadas como medio de reforzar las condiciones para la estabilidad de los precios». El elemento nuclear del Pacto lo integran así una serie de compromisos de los Estados, en lo relativo a «respetar el objetivo presupuestario a medio plazo establecido en sus programas de estabilidad o convergencia consistentes en conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o con superávit», pero también a tomar las medidas presupuestarias necesarias para alcanzar estos objetivos, así como poner en marcha sin demora los ajustes presupuestarios correctores o corregir los déficits excesivos tan pronto como sea posible. Este compromiso tiene naturaleza jurídica de «Resolución del Consejo».

En segundo lugar, determinados aspectos relativos a la eficacia práctica del Pacto en todos los Estados de la Unión europea, han sido regulados desde las instituciones comunitarias de modo uniforme y vinculante para todos los Estados miembros. De ahí que se hayan adoptado dos Reglamentos: el 1466/97, del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas y el 1467/97, de la misma fecha, referida «a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo».

La naturaleza y eficacia jurídica de una y otra clase de disposición es claramente distinta.

El contenido esencial del Pacto de Estabilidad adopta la forma de «resolución del Consejo Europeo». Conviene señalar, aun a riesgo de incurrir en una obviedad, que hay que diferenciar el Consejo Europeo del Consejo de la Unión. El Consejo de la Unión Europea es, como se sabe, la principal institución decisoria de la Unión europea. Por el contrario el Consejo Europeo es simplemente la reunión regular de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros. El Consejo Europeo sólo tiene existencia jurídica en las normas comunitarias desde que lo consagró el

Acta Única, y el Tratado de Masstricht le dio un estatuto oficial, imponiendo su reunión, al menos dos veces al año.

Que se trate de una disposición aprobada por el Consejo Europeo y no por el Consejo, tiene gran importancia. El Consejo Europeo es un órgano más de impulso político general que de decisión en el sentido jurídico de la palabra. Sólo toma decisiones jurídicas en aquellas materias de «atribución precisa», que son las relacionadas con la Política Exterior y de Seguridad Común -PESC- (art. 13 TUE), defensa común y ampliación (art. 17 TUE). Al adoptar la forma de una «resolución del Consejo», el Pacto de Estabilidad se limita, como dice el Anexo I, a constituir una «orientación», y al mismo tiempo, una «invitación» a los Estados miembros para que adopten las medidas pertinentes para lograr el objetivo de la estabilidad.

Lo que hay que tener claro es que el Consejo Europeo no es, propiamente, una institución comunitaria y que sus decisiones se toman de manera independiente. Se trata de un órgano fundamentalmente intergubernamental, lo que no quiere decir que sus resoluciones no sean técnicamente «Derecho Comunitario». Lo son en la medida en que, como vimos, el Acta Unica y el Tratado de Maastricht se refieren al Consejo Europeo y lo toman en consideración como fuente de acuerdos. Pero esos acuerdos y, en concreto, sus resoluciones, carecen de la relevancia jurídica que tienen las fuentes del Derecho comunitario derivado. La primacía de estos acuerdos deriva, no tanto de su naturaleza de disposiciones comunitarias, sino de caracteres propios de todos los acuerdos internacionales e intergubernamentales: la existencia de una serie de compromisos a desarrollar en sus ordenamientos internos que impiden que los Estados adopten normas contrarias al sentido de los mismos (*stoppel*).

Los compromisos de estabilidad asumidos por los Estados en el Pacto no sólo impedirían adoptar normas contrarias a sus previsiones, sino que también obligarían, en sentido positivo, a promover normativamente esa estabilidad presupuestaria. La resolución que contiene el Pacto de Estabilidad no obliga a su ejecución como si se tratase de una disposición comunitaria. La «ejecución» del Pacto de Estabilidad lo es, en este caso, como si nos encontráramos ante un acuerdo intergubernamental multilateral²³. Podría entenderse que nos hallamos ante lo que la doctrina internacionalista denomina un «acuerdo político no normativo», los cuales se caracterizan por ser «acuerdos de intencionalidad política abstracta», porque, en efecto, el Pacto de Estabilidad contenido en la Resolución del Consejo Europeo incluye una serie de objetivos políticos

²³ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. I, décima edición, Tecnos, Madrid, 1994, pag. 159.

abstractos. Estos «acuerdos políticos», tienen como nota distintiva un dato que no concurre en las resoluciones del Consejo Europeo: son *acuerdos no normativos* y por tanto, no obligatorios, desprovistos de su núcleo esencial como es el principio *pacta sunt servanda*. Afirmar que la resolución del Pacto de Estabilidad es un acuerdo político no normativo, supondrá, al mismo tiempo, afirmar que no es un tratado y por tanto, que no es necesaria la autorización de las Cortes prevista en el art. 94, 1 de la Constitución, aunque el Pacto implique obligaciones financieras para la Hacienda Pública española, y por tanto, incurre en uno de los supuestos en que, con carácter general, sí es necesaria tal autorización.

A nuestro juicio, no es acertado calificar la resolución del Consejo Europeo como un pacto que no tendría como finalidad crear normas jurídicas, porque es evidente que sí existe esa eficacia jurídica, al menos en cuanto un «deber de comportamiento» de los distintos Estados que se desprende del Pacto. Ese «deber de comportamiento» aparece claramente formulada en la Resolución. Así los Estados miembros deben asumir el compromiso de «respetar el objetivo presupuestario a medio plazo establecido en sus programas de estabilidad o convergencia consistente en conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o con superávit, y a adoptar las medidas correctoras que estimen necesarias en materia de presupuesto para alcanzar los objetivos establecidos en dichos programas...».

Ni tampoco es admisible afirmar que estamos ante un acuerdo no normativo, sólo para justificar la no concurrencia de la autorización de las Cortes, porque esa autorización no es necesaria en tanto el Pacto se dicta a partir del reconocimiento del Consejo Europeo que en su momento llevó a cabo el Derecho Comunitario originario. Como tal Derecho Comunitario que es, el Pacto ni precisa esa concreta autorización ni requiere ser publicado en España.

El Pacto es un Acuerdo Intergubernamental con plena eficacia jurídica, al menos en función de un comportamiento de buena fe respecto a lo acordado. La obligatoriedad de tal comportamiento vendría dado por el hecho de que los Estados no podrían «ir contra sus propios actos», una vez que han acordado en el Consejo Europeo un determinado compromiso de política económica (doctrina del *stoppel*). Queda a la libre decisión de los Estados la adopción de las normas internas que consideren necesarias para cumplir esos compromisos, función ésta que se pretende otorgar en nuestro país a la LGEP.

Por el contrario, el pacto incluye dos Reglamentos adoptados por el Consejo de la Unión, el relativo a la supervisión y coordinación de políticas económicas y el referente a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. Estas dos normas tienen los atributos propios del Reglamento como norma comunitaria. Tienen alcance general,

serán obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 249 del TUE, tras la reforma del Tratado de Amsterdam, antiguo 189). Es decir, se trata de normas con plena «eficacia directa», que obligan directamente –*gilt unmittelbar* en la terminología alemana–, y como señala la clásica sentencia *Variola* del TJCE 10 de octubre de 1973 (As. 34/73), su entrada en vigor y su aplicación tienen lugar «sin ninguna medida de recepción en el Derecho nacional». Cualquier norma interna dictada por el legislador español que desconozca, contrarie u obstaculice el contenido de estos reglamentos debe inaplicarse por resultar contraria a un Reglamento Comunitario –sentencia del TJCE *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (As. 106/77)–. El juez nacional podrá plantear cuestión prejudicial y el TJCE tendrá competencia exclusiva para interpretar estos Reglamentos, de acuerdo con lo que se deduce del art. 234 del TUE (antiguo art. 177).

La adopción de estos dos Reglamentos, convierte a esas disposiciones del Pacto de Estabilidad, por mor del principio de aplicación directa del Derecho Comunitario, en normas directamente aplicables e integrantes del ordenamiento interno –así lo disponen, entre otras, la sentencia del TS de 28 de abril de 1987, *Aranzadi* 4499–. Ello es importante en tanto, por ejemplo, el Reglamento 1467/97, sobre «procedimiento de déficit excesivo», introduce algunas matizaciones en el concepto de «déficit excesivo», como esa especie «presunción» de que, en principio, el déficit superior al valor de referencia se considerará excepcional y temporal, si viene determinado por una «circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado miembro afectado» o «cuando obedezca a una grave recesión económica». Se trata de una disposición ligada a conceptos jurídicos indeterminados y cuya apreciación se reserva a los órganos comunitarios. Pero en lo que más puede llamar la atención el contenido de este Reglamento es en lo concerniente a algunas disposiciones que pudieran contradecir el texto de la LGEP. Así, el art. 7 rechaza el «déficit deliberadamente planificado», lo que, aparentemente, parece una condena a la posibilidad de déficit inicial, admitido en el art. 14, 1 de la LGEP. Sin embargo, esta posible contradicción se salva, tanto si tenemos en cuenta que el Reglamento excluye sólo el déficit planificado que sea «excesivo», como por el hecho de que la LGEP admite el déficit inicial siempre que sea excepcional, obligando a su posterior corrección.

Más grave puede ser la circunstancia de que el art. 3, 4 del Reglamento 1467/97, establezca que la corrección del déficit excesivo se hará, «en el año siguiente a la identificación de dicho déficit», salvo que concurren circunstancias especiales. Por el contrario, la LGEP, en sus arts. 14 y 17, prevé una extensión mayor de las políticas de corrección del déficit, al fijarlas en «los tres ejercicios presupuestarios siguientes». La fijación de un plazo más largo, que puede suponer que la normativa interna está legiti-

mando la prolongación de una situación de desequilibrio, en tanto supone contradecir un Reglamento comunitario, podría llegar a interpretarse como una «disposición interna que obstaculice su eficacia» –sentencia *Variola* de 10 de octubre de 1973 (As. 34/73)–. Ello está especialmente prohibido en relación con los Reglamentos. La posible incompatibilidad de estas disposiciones con el Derecho Comunitario genera además un incertidumbre que pueden colisionar con la seguridad jurídica, incorporada al acervo de principios comunitarios (sentencia *Comisión vs. Países Bajos*, 1986).

Los Textos Normativos de Derecho Comunitario que regulan el Pacto de Estabilidad no adoptan en ningún caso, como se ha visto, la forma de Directiva. Esto significa que la legislación interna que dicte el Estado español, y en concreto, estas leyes de «estabilidad», no constituyen desde el punto de vista jurídico, «ejecución» o «transposición» de las normas comunitarias. Al no existir «aplicación del Derecho Comunitario» en sentido estricto, tampoco se puede hablar de participación de las Comunidades Autónomas, pues esta participación, según el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 165/94, de 26 de mayo, y en otras como la 173/89, 153/89, y 80/93, se refiere a normas comunitarias que deban ser objeto de transposición.

Así, respecto al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, no habrá participación de las Comunidades Autónomas en el desarrollo legislativo y reglamentario en materias de su competencia –sentencia 252/1988 del TC– porque no existe tal desarrollo legislativo o reglamentario. Recordemos que las Comunidades Autónomas pueden adoptar las disposiciones en ejecución del Derecho Comunitario que sean necesarias para dar cumplimiento al mismo en el ámbito de las competencias que hayan asumido en sus respectivos Estatutos –sentencia 165/94, de 26 de mayo–. Por el contrario esta misma sentencia señala que la «creación de obligaciones internacionales que den lugar a responsabilidad internacional del Estado», como puede ser el caso de los compromisos derivados del Pacto de Estabilidad, corresponde en exclusiva al Estado.

Es el Estado, por tanto, quien tiene en exclusiva competencia para adoptar las disposiciones en cumplimiento de los compromisos del Pacto de Estabilidad. Sin embargo, a la hora de adoptar las disposiciones legales para hacer efectivo ese cumplimiento, el Estado debe respetar la distribución de competencias internas.

Nuestro país, a diferencia de lo que ha ocurrido en Alemania, no ha introducido modificación alguna en su Constitución para regular las relaciones entre la Administración Central y los demás entes territoriales como consecuencia del cumplimiento de las disposiciones relativas a la Unión económica y monetaria. Por el contrario, la Constitución alemana fue modificada el 21 de diciembre de 1992 (en vigor desde el 25

de diciembre de 1993), para, entre otras cosas, regular las relaciones entre el Gobierno Federal, y los *Länder* a fin de que éstos participen en la elaboración y ejecución de esas normas comunitarias. Por tanto, el Estado a la hora de cumplir sus compromisos internacionales, deberá recurrir a algún un título competencial contenido en el art. 149 de la Constitución. La cuestión será, por tanto, a qué título competencial recurre el Estado para cumplir esos compromisos. El cumplimiento de compromisos comunitarios por el Estado central se ha venido caracterizando, como dice Mangas Marín, por una «omnipresencia del Estado». Esta ominipresencia se ve en las competencias que el Estado ha venido esgrimiendo, como la ordenación general de la economía o las leyes de bases, aunque el Tribunal Constitucional en sentencias 76/1991, de 11 de abril ó 115/1991 de 23 de mayo se haya inclinado por una interpretación «no excesivamente amplia de las competencias de ordenación general o de la legislación básica»²⁴. Volveremos sobre este tema al referirnos a los títulos competenciales en función de los cuales se dicta la LGEP.

4. Fundamento de la Ley en las disposiciones constitucionales en materia de presupuestos

|| El equilibrio presupuestario y la Constitución española

Un segundo fundamento de la LGEP también hay que buscarlo en la Constitución. Pero desde este segundo punto de vista, la Norma Fundamental no será considerada elemento de legitimación del cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado, sino elemento de legitimación de la LGEP en cuanto norma del ordenamiento interno. Y por tanto, aunque la legislación ordinaria no constituye ejecución de la Constitución, debemos plantearnos si la categoría de la estabilidad presupuestaria y la regulación que de la misma lleva a cabo la LGPE, encuentra o no acomodo en las disposiciones que la Carta Magna dedica a la institución del Presupuesto²⁵.

La Constitución Española de 1978 se refiere a la estabilidad en su art. 40, 1, cuando señala que «los poderes públicos promoverán las condi-

²⁴ MANGAS MARÍN, A., «La aplicación del Derecho Comunitario por las Comunidades Autónomas», *Relaciones Internacionales y Comunidades Autónomas*, Ariel, Barcelona, 1990, pag. 62.

²⁵ Sobre las relaciones entre la legislación ordinaria y la Constitución, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, pags. 63 y ss.

ciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica», añadiéndose que «de manera especial, realizará una política orientada al pleno empleo». La Constitución se refiere al concepto de «estabilidad económica», que sin duda abarca la estabilidad presupuestaria, y lo erige en valor a proteger por la Constitución²⁶. Aunque se trata, como señaló el Tribunal Constitucional alemán de un «concepto jurídico indeterminado», que puede llevarse a cabo a través de diversas medidas, la estabilidad presupuestaria como manifestación de la estabilidad económica aparece condicionada en el art. 40,1 por el hecho de ser un instrumento al servicio de las políticas redistributivas y de promoción del pleno empleo. Políticas que pueden suponer un aumento del gasto público frente a los posibles recortes que pudiera exigir la estabilidad presupuestaria. Como señala Pérez de Ayala, el art. 40 de la Constitución parece proteger objetivos que en la práctica pueden ser incompatibles²⁷.

Si la estabilidad es un valor que hay que proteger, configurándolo como el marco de ciertas políticas de clara tono intervencionista no parece, sin embargo, que la constitución recoja un principio de prohibición del déficit, de equilibrio o de estabilidad. Teniendo en cuenta, como señala Cayón Galiardo, que la positivización de un principio presupuestario no depende exclusivamente de que se enuncie expresa y directamente, sino que estará en función «de la cabida que se otorgue a las normas que lo integran...»²⁸, habrá que ver si se deduce este principio de las disposiciones que la Constitución recoge en materia presupuestaria, y que expresan una determinada concepción político-ideológica del instituto presupuestario.

De salida cabría entender que no, a partir de ciertas afirmaciones, que podríamos tachar de apodícticas. Entre ellas la de que la concepción político-ideológica del Presupuesto en el momento en que se promulgó la Norma Fundamental enlazaba con la crisis del Estado liberal, que coincide con la crisis del derecho presupuestario clásico tradicional²⁹. El modelo presupuestario que refleja la Constitución, sobre todo en los siete apartados del art. 134, es la de un presupuesto que ha superado los esquemas del «presupuesto clásico», ya que el ejecutivo como responsa-

²⁶ PÉREZ DE AYALA, J. L., «La Unión Económica y Monetaria...», op. cit., pag. 202.

²⁷ PÉREZ DE AYALA, J. L., «La Unión Económica y Monetaria...», op. cit., pag. 204.

²⁸ CAYÓN GALIARDO, A., «El principio de equilibrio presupuestario como límite al poder financiero de las Cortes Generales», en *Funciones financieras de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pag. 92.

²⁹ ESCRIBANO LÓPEZ, F., *Presupuesto del Estado y Constitución*, IEF, Madrid, 1981, pag. 295.

ble de la política económica habrá asumido progresivamente competencias en detrimento del Parlamento –por ejemplo, exigencia de que toda proposición o enmienda que suponga aumento de gastos o disminución de ingresos deba ser aprobada por el Gobierno, art. 134, 6-. La Constitución, al referirse al Presupuesto no hace mención al déficit, ni impone ni prohíbe el equilibrio. De ello, podríamos deducir que el equilibrio no es un requisito imprescindible del instituto presupuestario. Es más, las facultades que el texto constitucional asigna a los poderes públicos –entre ellas, «planificar la actividad económica general», art. 131, 1-, parece que perfilan un tipo de presupuesto intervencionista que podría aconsejar, e incluso exigir, el déficit³⁰.

Y ello porque los Textos Constitucionales que inspiraron la Constitución española de 1978 (fundamentalmente la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949), son Constituciones imbuidas de un «espíritu keynesiano» en muchas de sus formulaciones económicas. Y por ello se inspiran en las ideas que defienden la inversión pública para combatir las crisis cíclicas del capitalismo, y por tanto, los presupuestos deficitarios³¹. Ideas que pueden llevar a considerar, como señala Baleeiro, que en circunstancias especiales, el equilibrio presupuestario puede ser nocivo³². Teniendo en cuenta estas fuentes de inspiración, algún autor como Lobo Torres, llega a afirmar, con evidente exageración, que la Constitución española de 1978, constituye «un ejemplo importante de constitucionalización de la teoría de Keynes».³³

Pero a pesar de que se puede decir que estas Constituciones europeas de los años cuarenta recogen en buena medida ese «espíritu keynesiano», no todos los Textos se enfrentan de igual manera al problema del déficit.

Así, la Ley Fundamental de Bonn tras la reforma de 1967, año en que además se dictó la Ley para la Promoción de la Estabilidad y el Crecimiento de la Economía (*Gesetz zur Forderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*) de 8 de junio de 1967, experimentó la modificación de sus arts. 109 a 115, para adoptar las ideas sobre el presupuesto anticíclico³⁴. Menos determinante es la Constitución italiana, que re-

³⁰ DE LA HUCHA CELADOR, F., «Constitución, Planificación y Ley de Presupuestos», *Civitas, REDF*, N° 46, 1985, págs. 209 a 211.

³¹ KEYNES, J. M., *The General Theory of Employment, Interest und Money*, Mc. Millan, London, 1951, pag. 129.

³² BALEEIRO, A., *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pag. 401.

³³ LOBO TORRES, R., *O Orçamento na Constituição*, Tratado de Derecho Constitucional Financeiro e Tributario, Vol. V, Ed. Renovar, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 2000, pag. 56.

³⁴ KLEIN, F., *Lehrbuch des Öffentlichen Finanzrechts*, Luchterhand, Darmstad, 1987, pag. 127.

coge las reglas referidas a los Presupuestos en los cuatro apartados de su art. 81. En éstos no existe ninguna disposición que imponga el equilibrio presupuestario, limitándose a exigir que cualquier ley que determine gastos mayores deberá indicar los medios para hacer frente a los mismos. Pero de lo no exigencia del equilibrio no se deduce una posibilidad de uso desmedido del déficit, que tampoco está expresamente amparado por la Norma Fundamental italiana.

Por el contrario, algunos autores intentan buscar en ciertos aspectos concretos del régimen del Presupuesto en la Constitución, algún atisbo del requisito de equilibrio: por ejemplo, en las limitaciones de las Cámaras respecto a las proposiciones o enmiendas que supongan «aumento de gasto» o «disminución de ingresos», que son situaciones que pueden generar desequilibrio, pero lo cierto es que estos preceptos lo que hacen es reforzar el poder del ejecutivo, y no excluir el déficit. Como señala García García, la Constitución ha omitido «toda referencia a un problemático principio de equilibrio», lo que a este autor le parece acertado, porque el contenido de este eventual principio le corresponde definirlo en cada momento a los órganos y autoridades del Estado³⁵.

En suma, la Constitución española de 1978 no se pronuncia sobre el fenómeno del déficit, el equilibrio y la estabilidad de los Presupuestos, a pesar de la mención a la estabilidad económica general del art. 40,1. Sin embargo, por el contenido de las disposiciones que la Constitución dedica a los Presupuestos Generales del Estado y los textos que se han tomado como referencia para su elaboración, no parece que nos encontremos ante una Carta Magna en la que la limitación del déficit sea un valor que se deduce claramente de su letra. Incluso, como vimos, se habla de estabilidad como «marco» de políticas claramente intervencionistas.

Por el contrario, las ideas favorables a que las Constituciones recojan limitaciones al gasto público o prohíban directamente el déficit, empiezan a prodigarse a principios de los ochenta, especialmente en Estados Unidos coincidiendo con los albores de la Administración Reagan.

Entre todas ellas destacan las propuestas de Buchanan, J. y Wagner, R., para el establecimiento o rehabilitación del principio de equilibrio presupuestario como norma constitucional³⁶. Las propuestas de estos autores se tradujeron en la aprobación por el Senado de Estados Unidos en 1981 de la enmienda mixta del equilibrio presupuestario y limita-

³⁵ GARCÍA GARCÍA, J. L., «La constitucionalización de los principios presupuestarios», *PGP*, n° 22, 1984, pag. 91.

³⁶ NAVARRO FAURE, A., *Aspectos Jurídico-financieros del Déficit Público*, op. cit., pag. 65. Véase al respecto la beligerancia contra el déficit, manifestado por WAGNER, R., en *Déficit del Sector Público y Democracia. El Legado Político de Lord Keynes*, Ed. Rialp, Madrid, 1983, pag. 45.

ción del nivel de imposición, aunque después sería rechazada por el Congreso³⁷.

En los Estados de Europa occidental no se detectan, en estas mismas épocas, propuestas explícitas de llevar a los textos constitucionales las ideas contrarias al déficit y favorables al equilibrio y la estabilidad. Sin embargo, en Alemania determinados autores, como es el caso de Arnim o Püttner, y un cierto sesgo de la jurisprudencia constitucional, han pretendido reinterpretar la reforma de 1967 en un sentido favorable a erosionar los postulados keynesianos, revitalizar la Ley de Estabilidad de 1967 –*Gesetz der Stabilität*– y promover el «equilibrio económico general» (*gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht*)³⁸.

Así la Ley de Estabilidad alemana de 1967, que encuentra perfecto acomodo en la Constitución germana, se va a convertir en el principal referente de derecho comparado de nuestra LGEP. Es una ley que incluye cuatro objetivos esenciales, muy en la línea de las exigencias de nuestra LGEP. Esos serían, estabilidad en el nivel de precios, mejor situación del empleo, equilibrio económico exterior y crecimiento económico constante, y sobre todo, el gran objetivo, del «equilibrio económico general», (*gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht*), que el Tribunal Constitucional alemán definió como un concepto indeterminado, que puede ser pretendido a través de un amplio abanico de posibilidades.

La posible interpretación de la Constitución en un sentido favorable a una limitación del déficit y a la introducción de la estabilidad presupuestaria parte, sin lugar a dudas, del Tratado de la Unión Europea y de la «juridificación» de las limitaciones al déficit y al endeudamiento. Desde el Tratado de la Unión Europea, que incorpora el principio de «déficit público no excesivo», hay que entender que el mismo aparece incorporado y añadido a los principios que de modo expreso recoge el art. 134 de la Constitución.

La incorporación de la exigencia de déficit no excesivo no parece contradecirse con los principios básicos del orden económico contenidos en la Constitución.

Así, la Constitución española recoge, unos principios básicos del orden económico (sentencia del TC 1/1982 y 11/1984), caracterizado por la existencia de una serie de garantías institucionales (propiedad privada y libre iniciativa), y el reconocimiento de la iniciativa pública en la

³⁷ La enmienda señalaba que «...antes de cada ejercicio fiscal el Congreso adoptará una relación de ingresos y gastos para dicho ejercicio». Se puede ver su contenido íntegro en NAVARRO FAURE, A., *Aspectos Jurídico-financieros del Déficit Público*, op. cit., pag. 68.

³⁸ ARNIM, H. H., «Grundprobleme der Staatsverschuldung», *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1981, pag. 516; PÜTTNER, G., *Staatsverschuldung als Rechtsproblem*, Walter de Gruyter, Berlin, 1980, pag. 9.

economía. Como dice Aragón Reyes, este modelo económico tiene una delimitación más negativa que positiva³⁹. Sea cual sea la ideología que acceda al poder, hay libertades económicas que se deben preservar y hay mandatos que se deben cumplir, sobre todo respecto a los «principios rectores de la política social y económica», que imponen unos determinados niveles de gasto público. Lo que queda a la libre determinación de cada opción política que eventualmente acceda al poder es la intensidad en el cumplimiento de esos objetivos constitucionales o la posibilidad de acudir o no a determinadas «cláusulas de habilitación» que la propia Constitución contempla (planificación, reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, intervención de empresas etc...), que dejan mayor libertad a los poderes públicos para utilizarlas, lo que también significa libertad para intervenir más o menos en la economía. Ello permite que, en cada momento, se opte legítimamente por alguno de los variados modelos específicos del sistema económico que quepan dentro del modelo genérico constitucionalmente establecido, lo cual además es una expresión del pluralismo político. En suma, el modelo económico constitucional admite una variedad de políticas y la opción por una norma ordinaria que pueda inducir al control del déficit e, indirectamente, a limitaciones de gasto público, cabe perfectamente en el marco constitucional.

Esta variedad de políticas económicas susceptibles de desarrollar el modelo constitucional legitimarían adoptar una norma como la LGEP. Y ni siquiera el mandato del art. 40, 1 según el cual la «estabilidad» es el condicionante de ciertas políticas intervencionistas puede servir para negar la viabilidad de la LGEP. Según Pérez de Ayala, a partir de Maastricht es necesaria una relectura del art.40 de la Constitución, que tenga en cuenta las limitaciones en materia de déficit y deuda pública⁴⁰.

La cuestión no es por tanto si la filosofía de la LGEP y el objetivo de la estabilidad cabe en la Norma Fundamental, cuestión sobre la que no parece haber ninguna duda, puesto que la Constitución ampara una amplia variedad de políticas económicas. La cuestión es analizar el posible contraste con la Constitución de determinadas disposiciones contenidas en la LGEP.

Sobre todo porque la «estabilidad» y la lucha contra el déficit son fines que pueden lograrse a través de diferentes mecanismos. Así, autores muy críticos con el marco normativo-presupuestario existente en nuestro país y firmes partidarios de la imposición de reglas de estabilidad ju-

³⁹ Según ARAGÓN REYES, M., «se rechaza la economía enteramente libre y la enteramente dirigida», Voz «Orden Constitucional Económico», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pag. 4626.

⁴⁰ PÉREZ DE AYALA, J. L., «La Unión Económica y Monetaria...2, op. cit., pag. 204.

rídicamente vinculantes, han propuesto la derogación de diversos preceptos del TR de la LGP relativos al *ciclo presupuestario*, a los que acusan de crear las condiciones que provocan el déficit. Es el caso de Barea Tejeiro, para quien se debe modificar el art. 64 del TR de la LGP, para que la concesión de créditos extraordinarios y suplementos de crédito quede reducida a supuestos muy excepcionales. Además, entiende este autor que hay que reformar el art. 66 para que se detallen los procedimientos de cuantificación de los créditos ampliables y suprimir el art. 73, relativo a las incorporaciones de crédito⁴¹.

Por el contrario, la mecánica que prevé la LGEP para lograr la estabilidad no provoca ningún cambio radical, ni en el ciclo del Presupuesto ni el en régimen de las modificaciones presupuestarias del TR de la LGP, salvo la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria en el primer cuatrimestre de cada año y el debate en las Cortes sobre el mismo (art. 8 de la LGEP) y, con carácter previo, la determinación del «escenario presupuestario plurianual» (art. 12), amén de la previsión del Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria, con cargo al cual se sufragarán los créditos extraordinarios y suplementos de crédito, ampliaciones e incorporaciones de crédito (art. 15).

Desde luego, no cabe apreciar ninguna radical oposición entre estas nuevas previsiones de la LGEP y el Texto Constitucional. Así, ni los escenarios presupuestarios plurianuales previstos en el art. 12 de la LGEP pueden considerarse contrarios a la anualidad establecida en el art. 134, 2 de la Constitución, porque esta anualidad se refiere a la aprobación y ejecución del presupuesto y ésta se respeta plenamente en la LGEP. Ni tampoco cabe afirmar que se opone a la Constitución la determinación de un límite máximo anual de gasto, puesto que la Norma Fundamental no prohíbe limitaciones de gasto público. La opción por limitar el gasto público es una de las posibles alternativas económicas que encajan, como hemos visto, en el modelo económico de la Constitución. Es verdad que una limitación del gasto podría ser inconstitucional por violación del principio de «*asignación equitativa*» del art. 31, 2 de la Norma Fundamental. La asignación equitativa tiene un primer nivel de manifestación, en el cual la misma supone la «*garantía de una mínima satisfacción de necesidades públicas por encima de intereses particulares*»⁴². La «*asignación equitativa*» juega un papel similar a lo que es la capacidad económica en relación con la justicia tributaria, en tanto constituye el principal, aunque no el único, elemento de valoración de la justicia del gasto público.

⁴¹ BAREA TEJEIRO, J., «El sector público español ante la integración europea», en *Problemas económicos españoles en la década de los noventa*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1995, pag. 243.

⁴² BAYONA DE PEROGORDO, J. J., *El Derecho de los Gastos Públicos*, IEF, Madrid, 1991, pag 29.

En consecuencia, existe asignación equitativa cuando se contempla un volumen de recursos económicos suficiente para hacer frente a las necesidades públicas. La cuestión es establecer con carácter objetivo, tanto qué necesidades son susceptibles de protección a través de la asignación de recursos económicos, como cuál es el volumen de recursos que se ha de contemplar para que se entienda cumplida esta regla de equidad. Respecto al primer tema, parece claro que las necesidades públicas a cubrir se relacionan directamente con los principios rectores de la política social o económica, recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución. Estos principios obligan a todos los poderes públicos y permiten un enjuiciamiento de la constitucionalidad de sus actos y disposiciones. Por eso, en la medida en que fijan las que podemos llamar «necesidades públicas constitucionales», estos principios nos dan orientaciones para valorar la justicia constitucional del gasto público. Será «justa» en términos objetivos una asignación que contemple estas necesidades públicas recogidas en los principios de la política social o económica (vivienda, enseñanza, sanidad, promoción del empleo y asistencia social...). Por tanto, la limitación del gasto derivada de las exigencias de estabilidad podría ser inconstitucional si afectase a volúmenes sustanciales de ese gasto público, vinculado a los principios rectores de la política social y económica, y determinantes del Estado del Bienestar. Pero eso no se deduce indefectiblemente del contenido de la LGEP.

Tampoco el régimen de modificaciones de créditos previsto en el art. 16 de la LGEP puede considerarse contrario al Texto Constitucional. Es verdad que el principio de reserva de ley en materia presupuestaria del art. 134, 1 de la Constitución, y los principios de especialidad cuantitativa y cualitativa, no «casan» con las modificaciones presupuestarias. Pero existe una general aceptación acerca de su compatibilidad, dentro de ciertos límites. El régimen de modificaciones presupuestarias se encuentra desarrollado de forma profusa en la Ley General Presupuestaria, Título II, Capítulo I, Sección 2^a. Y lo que hace la LGEP es, simplemente, alterar el régimen de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito ya previsto en el art. 64 de la vigente Ley General Presupuestaria. En lugar de optar por el obligatorio señalamiento de las fuentes de financiación del crédito extraordinario o suplemento de crédito, que es por lo que se inclina en la actualidad el art. 64, 1 de la Ley General Presupuestaria, se asume en la LGEP la alternativa del sistema del «fondo de reserva» (llamado *fondo de contingencia de ejecución presupuestaria*), lo que, según Rogari, es perfectamente lícito⁴³, y no afecta, a nuestro juicio, a las exigencias impuestas por la legalidad en materia presupuestaria.

⁴³ ROGARI, U., *Il bilancio dello Stato*, op. cit., pags. 321 y 322.

5. Fundamento de la Ley teniendo en cuenta la organización territorial del Estado

5.1. Condiciones de convergencia y organización territorial del Estado

Esta es sin lugar a dudas la cuestión que mayor complejidad técnica puede plantear. El núcleo del problema ya lo hemos señalado: si la decisión de dictar la LGEP trae causa en un compromiso internacional del Estado español, como es el que se deriva del Pacto de Estabilidad y Crecimiento adoptado por el Consejo Europeo, la responsabilidad de su cumplimiento recae en el Estado. Pero los objetivos de estabilidad y control del déficit público alcanzan a «todas las Administraciones Públicas», porque en su proyección comunitaria tiene relevancia el volumen de gasto público imputable a todas esas Administraciones.

De esta manera, el cumplimiento de un objetivo comunitario vinculado a la Unión económica y monetaria hace surgir un problema interno, de relación entre los diversos niveles de organización territorial. Como ya dijimos, y previendo estos problemas, la reforma constitucional alemana de 1992 introdujo disposiciones destinadas a regular las relaciones entre el Gobierno Federal, y los *Länder* a fin de que éstos participen en la elaboración y ejecución de las normas comunitarias dictadas como consecuencia del proceso de unión monetaria. Ello no se hizo en nuestro país donde, precisamente en este instante, se están avivando las discusiones en torno a la necesidad de articular técnicas de participación de las Comunidades Autónomas en el marco comunitario. Hoy por hoy, los importantes problemas jurídicos que se derivan de esta cuestión han de intentar resolverse acudiendo al vigente esquema de reparto competencial.

La cuestión en realidad ya se había planteado con la fijación en 1992, y como consecuencia del Tratado de Maastricht, de ciertos objetivos de convergencia económica entre los que se encontraban los ya citados de prohibición de déficit superior al 3 por 100 del Producto Interior Bruto computado año por año y de endeudamiento neto o acumulado a la Deuda ya preexistente de años anteriores superior al 60 por 100 del Producto Interior Bruto del año que se esté considerando.

Es evidente, como ya apuntamos, que estas limitaciones se extendían al déficit y a la deuda de todas las Administraciones territoriales del Estado, y por tanto, también a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales. La cuestión era si el Tratado de la Unión Europea vinculaba *directamente* también a esas entidades territoriales distintas del Estado, teniendo en cuenta que el único responsable ante la Unión Europea del cumplimiento de estos requisitos de convergencia sería el Estado español.

Un argumento para defender que las exigencias de déficit público no excesivo vinculaban a los Presupuestos de las Comunidades Autónomo-

mas, sería, como ya hemos señalado y como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que las Comunidades Autónomas tienen competencia para aplicar el Derecho comunitario y, en concreto, el Tratado de Maastricht. Como señala Pérez de Ayala, ello no sólo les daría una potestad de aplicación, «sino que también implicaría el deber de cumplir y observar los Tratados»⁴⁴. Sin embargo, esta vinculación y por tanto, la extensión de la obligación de cumplimiento de las exigencias del Tratado de Maastricht a todas las administraciones territoriales, exigiría instrumentos en manos del Estado, único responsable ante la CEE, para garantizar tal cumplimiento.

La cuestión será, por tanto, la de la búsqueda de un título competencial que el Estado pueda invocar para dictar las medidas normativas que garanticen el cumplimiento del contenido del Tratado de la Unión Europea por todas las Administraciones territoriales y, en especial, por las Comunidades Autónomas.

5.1 Autonomía financiera y condiciones de estabilidad.

El problema del endeudamiento autonómico

Un importante escollo con el que nos podemos encontrar es el argumento de que la imposición de alguna medida al respecto por el Estado a las Comunidades Autónomas, pudiera afectar a la autonomía financiera de éstas, constitucionalmente salvaguardada por el art. 156, 1 al señalar que «las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad de entre todos los españoles».

El contenido de esta autonomía financiera ha sido valorado por la doctrina. Así en el caso Buscema entendió que la autonomía reconocida a las regiones es una autonomía *di indirizzo politico*⁴⁵, por lo que necesariamente abarcará una vertiente de «autonomía financiera»⁴⁶ que comprende no sólo la disponibilidad de ingresos propios, sino la posibilidad de fijar las propias necesidades determinando la correspondencia de ingresos y gastos. Esa autonomía se reflejará en la «autonomía presupuestaria» –*autonomia contabile*–, de la que será titular la entidad autónoma cuando disponga de capacidad para decidir sus ingresos y aplicar-

⁴⁴ PÉREZ DE AYALA, J. L., «La Unión Económica y monetaria...», op. cit., pag. 202.

⁴⁵ BUSCEMA, S., *Il Bilancio*, Vol. Secondo, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1972, pag. 9.

⁴⁶ Autonomía financiera, que puede definirse en la doctrina italiana, en palabras de PIERANDREI, F., como «la disponibilidad de medios necesarios para el ejercicio de sus diversas funciones»; «Prime osservazioni sull'autonomia delle Regioni», *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1949, t. I, pag. 269.

los al gasto. Así, la autonomía financiera traducida en autonomía para la formulación de un presupuesto propio viene a crear –como el propio Buscema recuerda⁴⁷– «una neta separación entre el presupuesto regional y el presupuesto estatal», que sería oponible al Estado. Esa autonomía presupuestaria sería también autonomía para incurrir en déficit, en tanto no exista una prohibición expresa que tendría que localizarse en el texto constitucional.

Sin embargo, el propio Buscema recuerda que, entre los límites de la autonomía presupuestaria de las regiones se encuentra la potestad reservada al Parlamento, fundamentada en la «unidad de las finanzas públicas», de «coordinar las finanzas regionales con los demás sectores de las finanzas públicas»⁴⁸.

Una postura similar a la defendida hace ya algunos años por el profesor italiano, la ha asumido en nuestro país, y de forma reiterada, el Tribunal Constitucional⁴⁹. Valga como muestra la sentencia 13/1992, de 6 de febrero, donde, después de señalar que la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas viene definida en la Constitución, «por relación con la vertiente del gasto público», aclara que el contenido de la misma incluye «capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándoles a los fines, mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades» (FJ 7º). Pero esa autonomía debe ejercerse, necesariamente, de acuerdo con los principios de coordinación – entre otras, sentencia 193/2000, de 13 de julio, FJ 4º.

En el caso español, y ante la necesidad de coordinar las políticas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas, a fin de cumplir las condiciones de convergencia impuestas por el Tratado de Maastricht, el principal problema que surgió desde la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea fue el del nivel de endeudamiento. Recordemos que la deuda pública es un ingreso de las Comunidades Autónomas, tal y como reconocen el art. 157, 1, e) de la Constitución y el 4,1, f) y 14 de la LOFCA y de las Corporaciones Locales, en los términos de los arts. 49 y ss de la LHL. Es un elemento definidor de la autonomía financiera, en especial del de las Comunidades Autónomas.

No obstante, en lo relativo a la Deuda Pública, ya antes del Tratado de Maastricht se reconocía al Estado competencias para controlar y limitar el endeudamiento de las Comunidades Autónomas. En concreto el art. 14 de la LOFCA establece el régimen de autorización de la deuda pública diferenciando las operaciones de tesorería concertadas por plazo

⁴⁷ BUSCEMA, S., *Il Bilancio*, op. cit., pag. 27.

⁴⁸ BUSCEMA, S., *Il Bilancio*, op. cit., pag. 30.

⁴⁹ Véase sobre el tema MARTÍNEZ GARCÍA-MONCO, A., *Autonomía Financiera de las Comunidades Autónomas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1996, pag. 34

inferior al año y todas las demás operaciones de endeudamiento, respecto a las cuales opera el límite del 25% de la carga financiera y se exige la necesidad de autorización del Estado. También se distinguen las operaciones de crédito singulares, que están excluidas de autorización del Estado si se concertan en España, frente a las emisiones colectivas o empréstitos que, al igual que ocurre con el art. 54 de la LHL, necesitan autorización en todo caso.

Junto con estos límites, como señala Lago Montero, hay que incluir uno adicional que es el derivado del Tratado de Maastricht, el límite del 60 % de Deuda Pública, «límite que necesita un preciso desarrollo normativo concretando la medida de la potestad de endeudamiento que corresponde a cada nivel de Gobierno»⁵⁰.

Estos controles sobre la capacidad de endeudamiento de las Comunidades Autónomas y, por tanto, sobre su autonomía financiera, están plenamente justificados en el marco constitucional. Así el TC los ha admitido cuando en la sentencia 1/1982, de 28 de enero, señala que es competencia específica del Estado regular todo lo relativo a la «unidad económica» y al «marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica nacional» (FJ 4º). En virtud de esta competencia, el Estado podría legislar sobre las limitaciones al endeudamiento y el déficit de las Comunidades Autónomas, llegando incluso a modificar en lo necesario las normas presupuestarias y de endeudamiento público contenidas en la LOFCA, en especial su art. 14. Posteriormente el TC señalaría que la autorización del endeudamiento prevista en el art. 14 de la LOFCA es el único control de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas expresamente admitido, que viene a traducirse en una limitación de sus competencias «económicas y financieras» (sentencia 11/1984, de 2 de febrero, FJ 5º).

Si a partir de Maastricht se había incorporado un límite adicional a la capacidad de endeudamiento de las Comunidades Autónomas, parece ser que el instrumento para hacerlo efectivo podrían ser los sistemas de autorización ya previstos en el art. 14 de la LOFCA. Ahora bien; el recurso a las autorizaciones de las emisiones de deuda como vía para que el Estado verifique el cumplimiento por las Comunidades Autónomas de las exigencias de endeudamiento derivadas de Maastricht presenta algunos matices importantes que la doctrina pronto se encargó de destacar. Así, el uso de estas autorizaciones para verificar el cumplimiento de las condiciones de convergencia en lo relativo a la deuda im-

⁵⁰ LAGO MONTERO, J. M., «El endeudamiento de las Comunidades Autónomas tras el Tratado de la Unión Europea», en *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo*, II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1995, pag. 2179.

pondría la superación de las diferencias de tratamiento respecto a las operaciones de tesorería y las operaciones de crédito singulares, para las que la LOFCA no exige autorización del Estado. Sería necesario equiparar el régimen de control de estas emisiones a las del resto de operaciones de crédito, pues el Tratado de la Unión no prevé para las mismas ningún régimen singular.

Pero frente a un sistema de autorización generalizado en manos del Estado ha surgido la alternativa, planteada sobre todo por Lago Montero, de utilizar correctamente la exigencia de coordinación de las operaciones de crédito de las Comunidades Autónomas, contenida en el art. 14, 4 de la LOFCA, y revitalizar el papel del Consejo de Política Fiscal y Financiera⁵¹.

En efecto: en cuanto Maastricht supone un límite de Deuda Pública del 60% del PIB y el mismo se refiere a todas las Administraciones Públicas, es difícilmente admisible un control unilateral en manos del Estado que es sólo una Administración Pública más, y un «competidor» de las demás Administraciones a la hora de repartir el máximo de Deuda Pública a emitir.

Para Lago Montero, por ejemplo, lo ideal sería fijar en primer lugar el reparto del montante máximo de Deuda Pública a emitir entre las distintas Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local). Se podrían pactar unos porcentajes revisables y darles carácter permanente a través de su recepción en la LGP, LOFCA y LHL. Posteriormente se procedería, a través de fórmulas paccionadas, al reparto entre las Comunidades Autónomas del máximo que corresponda a éstas, fijando criterios objetivos de reparto o acudiendo a aquellos establecidos para la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado. Y lo mismo debería de hacerse respecto a la deuda que corresponda a las Corporaciones Locales, pudiendo también acudir a criterios de reparto consensuados, por ejemplo entre el Estado y la Comisión Nacional de Administración Local, que luego se llevarían al texto de la LHL, o aplicar transitoriamente los que ya se tienen en cuenta para distribuir la participación de los Municipios en los ingresos del Estado. En la Comunidades Autónomas que en sus Estatutos hayan asumido competencias de tutela financiera de las Corporaciones Locales –el caso de Galicia en el art. 49, uno de su Estatuto de Autonomía⁵²– les corresponderá a aqué-

⁵¹ LAGO MONTERO, J.M., «El endeudamiento de las Comunidades Autónomas tras el Tratado de la Unión Europea», op. cit., pag. 2184.

⁵² Sobre el alcance de estas potestades de tutela financiera, véase FERREIRO LAPATZA, J. J., «Art. 49», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia* (dirigidos por Carro Fernández-Valmayor, J. L.), MAP, Madrid, 1991, pag. 843.

llas la vigilancia del cumplimiento de los criterios limitativos del endeudamiento local. Esa misma función corresponderá al Estado cuando las Comunidades Autónomas no hayan asumido tal competencia.

La función del Estado sería más de ejercicio de una potestad de coordinación que de autorización, y al Consejo de Política Fiscal y Financiera, correspondería «deliberar y tomar acuerdos periódicos acerca de las condiciones en que se realizan todas las operaciones de crédito en sus diversas modalidades»⁵³. De esta manera se optaría por una fórmula más respetuosa con la autonomía financiera, en la línea del nuevo modelo de financiación en vigor desde el 1 de enero de 2002, y de Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la LOFCA, que al aumentar las competencias normativas en materia tributaria par las Comunidades Autónomas, las dota también de instrumentos para intentar paliar las situaciones de déficit por el «lado e los ingresos».

5.3. El título competencial

Debemos fijarnos ahora en la situación con la que se encuentra el legislador a la hora de adoptar la LGEP. En efecto, el cumplimiento de los requisitos de estabilidad derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento implica a todas las Administraciones Públicas, pero hace responsable de ello exclusivamente al Estado, por lo que es necesario determinar qué título competencial invoca el Estado para poder asegurar el cumplimiento de las previsiones de estabilidad en todas las Administraciones y hacerlo con garantías de plena constitucionalidad.

Menos problemas de constitucionalidad puede plantear la incidencia de la LGEP en las Haciendas Locales. En este sentido, las novedades de la Ley, como señala Uría Fernández, se agotan básicamente en el ámbito de lo conceptual, «toda vez que los instrumentos jurídicos y aplicativos del mismo se encontraban ya previstos en la Ley de Haciendas Locales»⁵⁴. Ciertamente la LGEP recoge una serie de límites que pudieran parecer opuestos a la autonomía y suficiencia financiera de las Corporaciones Locales, pero ninguno de ellos puede entenderse como incompatible con tal autonomía. Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional ya había validado ciertas medidas, como el control del endeudamiento local, señalando en la sentencia 57/1983, de 28 de junio que tales controles se justifican «por las consecuencias que en el conjunto de la economía y del equilibrio financiero pudieran generarse de una desordenada apelación al crédito y de un endeudamiento local excesivo» (FJ 7º) y

⁵³ LAGO MONTERO, J. M., «El endeudamiento de las Comunidades Autónomas tras el Tratado de la Unión Europea», op. cit., pag. 2188.

⁵⁴ URÍA FERNÁNDEZ, F., «La Ley General de Estabilidad Presupuestaria», op. cit., pag. 3.

que tales límites al endeudamiento no son contrarios a la autonomía local – sentencia 4/1981, de 20 de febrero (FJ 6º, F).

Así pues, la LGPE, aplicable a todas las Administraciones Territoriales del Estado, lo es en función del art. 149, 1, 13ª, expresamente invocado por la Exposición de Motivos, y que atribuye al Estado las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Si observamos la interpretación que el Tribunal Constitucional ha venido haciendo de la competencia «bases y coordinación de la actividad económica», lo cierto es que ha ensanchado notablemente el ámbito de esta competencia, basándola en el «principio de unidad económica» (sentencia 1/1982, de 28 de enero), vinculándola a la «ordenación general de la economía» (sentencia 96/1986, de 10 de julio), y señalando que la mayoría de las medidas de carácter económico que el Estado puede adoptar a partir de este título competencial se caracterizan porque «sólo pueden ser consideradas y aplicadas como una unidad», por lo que respecto a las mismas resultaría artificiosa una diferenciación de lo que es básico de lo que no lo es (sentencia 152/1988, de 20 de julio –FJ 4º–). En suma, la jurisprudencia del TC viene a decir que es básico todo lo que el Estado regule con pretensiones de uniforme aplicación en todo el Estado y que el objeto de esta competencia no es sólo el sistema económico globalmente considerado, sino cada uno de los sectores y subsectores de la economía (entre otras, sentencias 179/85, 29/1986, 152/88 y 186/88).

Posteriormente el Tribunal Constitucional relativizaría esta aparente robustecimiento de la competencia estatal sobre coordinación de la actividad económica, propugnando en sentencias 76/1991, de 11 de abril ó 115/1991 de 23 de mayo, una interpretación «no excesivamente amplia de las competencias de ordenación general o de la legislación básica».

El criterio para moderar un recurso desproporcionado a las competencias exclusivas de coordinación en manos del Estado radica, según la doctrina constitucional más actual, puesta de manifiesto en la sentencia 13/1992 (FJ 8º), y posteriormente en la 242/1999, de 21 de diciembre, en que las medidas de «dirección económica» que el Estado adopte, tengan «suficiente relevancia económica» - (FJ 3º). Más recientemente, la sentencia 190/2000, de 13 de julio, señalaría que «...el Estado está legitimado para adoptar medidas de ordenación y coordinación económica para el conjunto del territorio nacional, incidiendo incluso en sectores atribuidos a la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña, siempre, naturalmente, que la relevancia de las medidas adoptadas así lo justifiquen y no se produzca un vaciamiento de las competencias autonómicas...» (FJ 2º).

No parece que, en este sentido, la invocación de la competencia basada en el art. 149,1, 13ª para extender la aplicación de la LGPE a las Comunidades Autónomas pueda calificarse como contradictoria con

esta jurisprudencia constitucional. Así lo apreció el Consejo de Estado, en dictamen de 19 de enero de 2001. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la competencia del art. 149, 1, 13^a, que califica de «genérica» puede coexistir con otras de carácter específico –sentencia 190/2000, de 13 de julio, FJ 2^o–. Eso es lo que hace la LGEP al invocar además, las competencias exclusivas del Estado de los artículos 149, 1, 11^a, «sistema monetario...», y 149,1, 14^a, «Hacienda General y Deuda del Estado».

A ello hay que unir la abundante jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional que ha interpretado la competencia del art. 149,1, 13^a como límite implícito a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, reconocida en el art. 156,1 de la propia Norma Fundamental (sentencia 103/1997, FJ 1^o). En especial en lo relativo a la adopción de decisiones de contención salarial de los funcionarios, que el Tribunal ha calificado como «medida económica general de carácter presupuestario», constitucionalmente justificada «en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público» (sentencia 63/1986 FJ 11^o). La constitucionalidad de una política general del Estado, de estabilidad y limitación del déficit, a través medidas de contención salarial del personal de *todas* las Administraciones públicas, y la posibilidad de adoptarlas a partir de la competencia del art. 149, 1, 13^a, resultaría confirmada por la sentencia de 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4^o.

A nuestro juicio, la cuestión a dilucidar no es tanto si lo establecido en la LGEP y en la Ley orgánica complementaria, encaja o no en las competencias que se invocan, lo que parece indudable, dados los amplios términos en que las mismas han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional. La cuestión es si las normas de estabilidad presupuestaria a que nos estamos refiriendo han asimilado el progresivo pero claro cambio de rumbo que la jurisprudencia del TC ha venido imponiendo a la amplitud de la competencia «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», sobre todo a partir de los años noventa, en el sentido de recortar el ámbito de este título competencial, exigiendo «suficiente relevancia económica», en la medida adoptada por el Estado, y que no se produzca un vaciamiento de las competencias autonómicas. Como expusimos, esa es la clara línea de evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, quizás con la salvedad (por llamarla así) del régimen de contención salarial para funcionarios. Pero hay que tener en cuenta que en esta materia resulta implicada además la competencia del art. 149,1, 18^o referida a las «bases del régimen estatutario» de los funcionarios de las Administraciones Públicas⁵⁵, lo

⁵⁵ Esta implicación aparece relativizada en el FJ 2^o de la sentencia del TC 62/2001, de 1 de marzo, donde se proclama que el art. 149, 1, 18^o «no respalda la

que podría avalar un recorte del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Y si, en el caso de las medidas de estabilidad presupuestaria insertadas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, la relevancia económica de las mismas parece evidente, lo que debemos averiguar es si el texto de ambas leyes afectan al alcance de las competencias propias de las Comunidades Autónomas.

3.4 *Posible colisión de la LGEP con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*

Recapitulando lo dicho, la autonomía financiera según el Tribunal Constitucional supone capacidad para asignar medios económicos a los fines que la Comunidad Autónoma estime mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades, pero ejerciendo siempre esta autonomía de acuerdo con los principios de coordinación. Coordinación que más que un límite es parte sustancial de la autonomía financiera. A nuestro juicio, esto se estará respetando en la LGEP cuando las medidas para asegurar el cumplimiento por las Comunidades Autónomas de los requisitos de estabilidad sean auténticas medidas de coordinación y no se estará respetando cuando sean mecanismos tendentes a vaciar su autonomía financiera.

En cualquier caso, debe ser el Tribunal Constitucional el que tenga sobre esto la última palabra, y la posibilidad de pronunciarse parece que va a concretarse a partir de los recursos anunciados. Pero, a nuestro juicio, no conviene olvidar que el art. 2, 1, b) de la LOFCA, al señalar las reglas que rigen la coordinación de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas con la Hacienda del Estado, incluye las exigencias de estabilidad como un criterio de coordinación «a través de la política económica general». Ello, en nuestra opinión, supone admitir que las potestades que el Estado esgrime a efectos de asegurar la estabilidad presupuestaria y que pudieran menoscabar la autonomía financiera, sólo son y pueden ser «potestades de coordinación».

Cuestión distinta es que esto se respete en toda la regulación de la LGEP y de la ley orgánica complementaria. Y parece que no, porque, a pesar de que se modifica el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, para asignarle carácter de órgano de coordinación de las políticas de estabilidad (art. 3 de la LOFCA), los objetivos de estabilidad presupuestaria los fija unilateralmente el Estado (art. 8 de la LGEP y 3 de la Ley orgánica), imponiéndoselo a las Comunidades Autónomas, puesto que la función coordinadora asignada al Consejo de Política Fiscal y Financiera, se atribuye sobre la base de un objetivo de

competencia del Estado para fijar límites o topes máximos, de carácter global, a los incrementos retributivos del personal al servicio de las Administraciones Públicas...».

estabilidad previamente definido (art. 5 de La Ley orgánica). El Consejo de Política Fiscal y Financiera se limita a «repartir» los objetivos de estabilidad entre las distintas Comunidades. Es cierto que esta imposición es a título de *mero objetivo*, y que queda a la libre decisión de las Comunidades Autónomas determinar si tal objetivo de estabilidad debe alcanzarse con la fijación de un techo de gasto o con un incremento de los ingresos. Pero, en cualquier caso se está reconociendo unilateralmente al Estado-Administración central imponer a las Comunidades Autónomas presupuestos equilibrados o con superávit, con lo que, indirectamente, se está prohibiendo el déficit y, por consiguiente, el endeudamiento. Esto, a nuestro juicio, sobrepasa el ámbito de «coordinación», para afectar gravemente al núcleo de la autonomía financiera.

Y este efecto resulta, si cabe, más grave, en relación con los regímenes forales. En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, por ejemplo, se estaría recortando unilateralmente por las Cortes Generales las competencias que la Comunidad Foral venía ejerciendo sin seguir el procedimiento paccionado previsto en la Ley Orgánica 13/1982 de 10 de agosto de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. Al extender la aplicación de la ley orgánica complementaria a las Haciendas Forales se está produciendo una equiparación de éstas con las Comunidades Autónomas de régimen común, lo que no resulta salvado por la Disposición Final Primera, 2 de la Ley orgánica complementaria, que sólo prevé un «procedimiento» adecuado al régimen foral propio de los territorios de Navarra y el País Vasco.

Para evitar esas situaciones, La Ley orgánica podría haber optado por otras alternativas. Se podría haber mitigado la posibilidad de que el Estado sea el que fije unilateralmente los objetivos de estabilidad, e, indirectamente la facultad de endeudamiento, admitiendo que las Comunidades Autónomas alcancen, en caso de coyuntura económica negativa, el déficit que el Pacto de Estabilidad permite a los Estados, es decir, el 3% del PIB. Esta postura, defendida por el Grupo Catalán en el Congreso durante la tramitación parlamentaria de ambos textos, podría apoyarse en la tesis ya expuesta en torno a la vinculación de las Comunidades Autónomas con el Derecho Comunitario. Pero si las disposiciones del Derecho Comunitario vinculan a las Comunidades Autónomas lo hacen en la medida en que se les reconoce a las mismas la posibilidad de su desarrollo y ejecución, no porque las Comunidades Autónomas sean destinatarias de estas disposiciones. Esa condición la tienen, también respecto al Pacto de Estabilidad, exclusivamente los Estados miembros.

La segunda disyuntiva por la que se podría haber optado consistiría en asegurar que la actividad del Estado orientada a garantizar los objetivos del Pacto de Estabilidad sea una actividad de coordinación. A nuestro juicio el Consejo de Política Fiscal y Financiera, al que se reconoce

esa función coordinadora, podría ser quien fijase los objetivos de estabilidad. Fijados estos objetivos, las Comunidades Autónomas quedarían vinculadas, tanto en déficit como en volumen de endeudamiento. La determinación de los objetivos de cada Comunidad Autónoma, incluido el posible déficit y la deuda pública nueva que desean emitir, correspondería entonces a su respectivo Parlamento, para así garantizar su autonomía financiera. Si el endeudamiento neto de todas las Comunidades Autónomas supera el máximo global fijado previamente, se podría acudir a fórmulas de prorrateo, atendiendo, por ejemplo, a la responsabilidad de gasto de cada Comunidad.

Y en el caso de las Haciendas Forales deben seguirse las fórmulas paccionadas previstas en el Concierto Económico o el Convenio Estado-Navarra. La conclusión respecto a estas Comunidades de régimen especial es que la LGEP no les resulta aplicable.

Además, las previsiones tendentes a que las Comunidades Autónomas compartan la responsabilidad financiera frente a la Unión Europea (art. 4 de la Ley orgánica complementaria), sólo pueden significar que el Estado disponga de un derecho de repetición contra la Comunidad Autónoma corresponsable. Lo demás iría en contra de lo dispuesto en la Sección Cuarta del Reglamento 1467/97, integrante del Pacto de Estabilidad, que prevé sanciones en caso de incumplimiento y señala a los Estados miembros como responsables exclusivos de las mismas. Antes de incurrir en responsabilidad, y ante la evidencia de que la conducta de una Comunidad Autónoma pudiese estar comprometiendo el cumplimiento de los objetivos del Pacto de Estabilidad, cabría, en última instancia, que el Estado acudiese al art. 155, 1 de la Constitución, instando, por mayoría absoluta del Senado, a que esa Comunidad adopte las medidas necesarias para el cumplimiento forzoso de tales obligaciones.

6. Conclusiones

En suma, nos encontramos ante dos textos legales que vienen a responder a una nueva filosofía político-económica, vinculada a las exigencias de la moneda única y a la integración permanente de las economías europeas. Ciertamente es que estas leyes trasladan al derecho interno español los compromisos derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, pero también es cierto que dicho Pacto es sólo una relación de objetivos y cuyo cumplimiento no exige de modo indefectible una ley como ésta. Quizás su punto más conflictivo, como hemos pretendido que quedase claro en este trabajo, es su articulación con la distribución territorial del poder financiero. El haber optado por fórmulas de imposición del equilibrio presupuestario, en lugar de mecanismos de coordinación, puede

significar un claro recorte a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, difícilmente compatible con el Texto Constitucional y con el *bloque de constitucionalidad*. Resulta además contradictorio que el nuevo modelo de financiación autonómica haya aumentado notablemente la «corresponsabilidad» en el lado de los ingresos, incrementando las participaciones de las Comunidades Autónomas en ingresos del Estado y ampliando su capacidad normativa en materia tributaria a la par que la LGEP admite imposiciones de equilibrio presupuestario, que van a ejercer una importante presión en sus fuentes de financiación.

Y por último, las más elementales exigencias de sistemática legal y de seguridad jurídica aconsejan que las disposiciones sobre estabilidad presupuestaria encuentren mejor acomodo en una nueva Ley General Presupuestaria. ■

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COSTAS Y SU INFLUENCIA EN EL TERRITORIO

Marta García Pérez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
en la Universidad de A. Coruña

I. Introducción

La extensa zona litoral que baña las costas españolas se ha convertido especialmente en las últimas décadas en un bien frágil y necesitado de protección. Una grave ausencia de concienciación medioambiental por parte de los gobiernos y los ciudadanos, unida a la expansión económica concentrada en el borde marítimo, provocaron perjuicios muchas veces irreparables. La degradación urbanística, la contaminación y la destrucción de paisajes naturales son la tónica del progreso en este espacio.

El punto de encuentro de la tierra y el mar constituye un foco de atracción indudable. El asentamiento poblacional de primera o segunda residencia en la costa se ha triplicado en los últimos años, y las economías nacionales y regionales dependen en gran medida de las actividades que se ejercen en el medio marino. Especialmente desde los años sesenta, el litoral se convirtió en punto preferente para el asentamiento poblacional. La migración del interior hacia los núcleos litorales, el incremento de viviendas de temporada y el auge del turismo costero fueron elementos determinantes de la expansión económica de este sector. Junto a este tipo de usos, la frenética actividad portuaria, los recursos pesqueros, la industria pesada ... cubrieron las costas. El desarrollo eco-

nómico se vió acompañado de la falta de sensibilidad del usuario y de la Administración y los resultados fueron catastróficos.

Desde hace algún tiempo, se dejó sentir la idea de la protección de las costas. La Constitución española nació en medio de un panorama desolador en lo que al dominio público marítimo-terrestre se refiere. Por una parte, la existencia de multitud de disposiciones normativas aplicables, algunas de ellas centenarias y del más variado rango, provocó la disparidad de principios inspiradores y complicó la conexión entre normas, dificultando la indagación de la ley aplicable al caso concreto. Por otro lado, el auge del litoral fomentó las ocupaciones indiscriminadas, en medio de la fuerte polémica sobre la apropiabilidad del mismo y de la pasividad de la Administración ante el incremento de las usurpaciones y de la especulación.

El artículo 132 de la Constitución abordó directamente la cuestión de la demanialidad, proclamando los principios rectores de su régimen jurídico (la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad), reservando a la Ley la regulación de la desafectación y la determinación de los bienes de dominio público estatal y calificando por sí misma como tales, *en todo caso*, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental en un precepto sin precedentes en nuestra historia constitucional¹.

La Carta Europea del Litoral de 1981 ofreció una muestra de sanas intenciones y sirvió para iniciar un período de regeneración del litoral con un planteamiento claro: la necesidad de conciliar los imperativos de protección y desarrollo, mediante la ordenación integrada del espacio costero.

Años más tarde, el legislador español, animado por la sensibilidad mostrada por el Constituyente al declarar la demanialidad de las costas marítimas en el artículo 132.2 de la Constitución, elaboró un nuevo texto normativo que venía a sustituir a una insuficiente y fragmentaria regulación encabezada por la Ley de Costas de 1969 y su Reglamento. Inspirándose en los principios recogidos por el artículo 45.2 del Texto Fundamental, trató de ofrecer «una concepción distinta de la regulación del dominio público marítimo-terrestre» recuperando los criterios perdidos de protección, conservación y regeneración que se hallan en el fundamento mismo de la institución demanial. Puede observarse una evo-

¹ Dice la Exposición de Motivos de la Ley 22/1988: «...es la primera vez en nuestra historia legislativa que por una disposición del máximo rango se clasifican determinados bienes como de dominio público, con la particularidad de que los únicos a los que la Constitución atribuye directamente esa definición pertenecen precisamente al dominio público marítimo-terrestre» (E. Mot. II, párrafo 5º).

lución significativa acompañada a la progresiva concienciación política y social sobre la importancia, riqueza y vulnerabilidad de un espacio tan decisivo y necesario. Cual movimiento pendular, actualmente la regulación del demanio marítimo está presidida por la presencia de factores medioambientales –conservacionistas cuando todavía es posible, regeneracionistas en otros casos– dejando atrás un afán patrimonializador en el que primaban otros intereses, predominantemente económicos.

Desde este punto de vista, la Ley de Costas de 1988 fue bien recibida, al tratarse de una apuesta fuerte por hacer prevalecer dos ideas cardinales: garantizar su carácter público y conservar sus características naturales.

Ambas ideas (publicidad y protección) se encuentran en los propios orígenes del llamado dominio público. Inicialmente, la elaboración dogmática del demanio se fundamentó en la «protección» de su destino público (ser utilizados por la comunidad²) y en ello se fundó la regla de la inalienabilidad, en unos casos para garantizar su uso común y en otros para preservarlo de la disposición por parte de los súbditos y/o del monarca.

De forma progresiva, lo que hasta entonces eran bienes de todos o de nadie en particular destinados al uso común o general, se atribuyeron al rey, al señor feudal o al Estado bajo títulos reconocibles como verdaderos derechos de propiedad. La prohibición de disposición no se vio reñida con la cesión de su uso, y la consideración del demanio como objeto de regalía le dio connotaciones de rentabilidad o productividad que derivaron en la idea de que junto al uso común o general era preciso garantizar su «uso óptimo»³.

² Esta idea estuvo presente en los textos romanos, en los cuales, bien a través del artificio de la *publicatio*, bien en consideración de las peculiares características naturales de las cosas, éstas se sustraían del comercio de los hombres y se destinaban a su uso por toda la humanidad (*res communes omnium*) o por una colectividad determinada (*res universitatis*). En la Edad Media, pese a la pérdida de nitidez de las instituciones romanas por la fusión entre las ideas de soberanía y de dominio-propiedad, que avocó a un proceso de subjetivización del demanio, se mantuvo el concepto romano de las *res communes omnium*: «Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo son estas, el aire y las aguas de lluvia e la mar e sus riberas. La cualquier criatura que viva puede usar de cada una de estas cosas según que fuere menester. E por ende, todo home puede aprovechar de la mar e de su ribera pescando o navegando, o faziendo y todas las cosas que entendiense que a su pro son ...», Ley III, Tit. XXVIII, Part. 3. Asimismo, «nin cañal, nin casa, nin torre, nin cabaña, nin otro edificio ninguno, non puede ningún ome fazer nuevamente en los ríos, por los cuales los omes andan con sus navíos nin en las riberas dellos porque se embargase el uso comunal dellos. E si alguno lo ficiese y de nuevo, o fuese hecho antiguamente de que viniese daño al uso comunal, debe ser derribado, ca non sería cosa guisada, que el pro de todos los omes comunalmente se estorbasen por el pro de algunos ...», Ley VIII, Tit. XXVIII, Part. 3.

³ Este es el principal origen de las utilizaciones privativas a través de concesiones administrativas: en esta época todos los títulos de poder se reconducen a esta figura,

La concepción del dominio público como patrimonio ha supuesto muchas veces la desnaturalización del interés público inherente al destino de los bienes. Unas veces, permitiendo utilizaciones privativas ciertamente rentables pero abusivas, perjudiciales o excesivas para su naturaleza; otras veces, favoreciendo la imposición de tasas o cánones en contra de los principios básicos de gratuidad que deben informar la finalidad pública de esta clase de bienes; finalmente, vetando explotaciones o aprovechamientos de interés general por su escasa rentabilidad económica, que no social.

El caso del dominio público marítimo-terrestre es, sin duda, muy peculiar, porque sobre él pesan ciertos condicionantes ineludibles que hay que precisar desde este mismo momento si pretendemos abordar su regulación sin excesivo desasosiego:

a) La regulación de un espacio físico, llámese territorio en sentido genérico –incluyendo el mar– o lisa y llanamente espacio, no puede desentenderse del conjunto de actividades que sobre el mismo se realizan o se proyectan. La idea es clara si se constata en el marco de la ordenación del territorio, que no puede ignorar a la actividad urbanística, que la condiciona de principio a fin.

Los ejemplos son múltiples y suficientemente significativos en el espacio físico llamado marítimo-terrestre, sobre el que se desarrolla una intensa actividad industrial, turística, empresarial, urbanística o pesquera, por señalar algunos sectores que han sido el motor esencial de la pasada y actual regulación de la franja costera.

b) Esta particular zona del «territorio» se diferencia de cualquier otra por un dato decisivo, que predetermina su reglamentación: su condi-

distinguiéndose: a) las regalías «mayores» o indelegables en su ejercicio, constitutivas del núcleo de lo que luego será la soberanía (dictar leyes, resolver litigios, otorgar dispensas singulares, nombrar oficiales regios ...); b) las regalías «menores» o delegables, comprensivas precisamente del dominio o demanio (salinas, minas, bosques...). Para Villar Palasi, la idea de las regalías surgió como una consecuencia más de la mentalidad medieval, causalizadora de toda potestad, que en toda institución verá una propiedad singular. De ella surgió la idea del demanio como una clase especial de regalía que llegó a comprender los derechos de caza, los montes públicos y las minas, pasando, con el advenimiento de la policía, a ser un concepto técnico, deviniendo mera policía algunas de las viejas regalías (pesca, caza) y quedando a medio camino entre la policía especial y el demanio los montes públicos –cfr. *Derecho Administrativo*–, 1968, pág. 104. Las cesiones o enfeudamientos de las regalías menores, otorgadas tanto por el rey como por los señores feudales con un doble fin, público –hacer fructificar su dominio– y fiscal –extraer para su beneficio exclusivo un canon censual–, se conceden como *administrationes officii*, es decir, «por servicio que les oviessse fecho, o que le prometiese de fazer por ello al Emperador» (Libro VIII, Título I, Partida 2ª). El enfeudamiento no supone una total cesión de funciones públicas («Imperator non a se expropriaret totaliter, sed donatarius cum re donata maneret sub imperio», glosa de Gregorio López al Libro VIII, Título I, Partida 2ª).

ción demanial y su titularidad estatal han sido proclamadas por la propia Constitución española de 1978, al disponer expresamente en su artículo 132.2 que «son bienes de dominio público estatal ... en todo caso la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental». La afirmación viene precedida de interesantes debates, de los que dejan buena muestra los Diarios de Sesiones de las Cámaras, y dio lugar a una avivada polémica sobre la naturaleza del dominio público costero y el tratamiento de los enclaves privados antes y después de la Constitución, en la que hubo de terciar, sin demasiada claridad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo primero y del Tribunal Constitucional después.

c) La «franja costera» de un territorio, contemplada en toda su extensión, recorre sin solución de continuidad cada uno de los metros cuadrados donde se produce el contacto de la tierra con el mar. Este hecho físico no respeta diseños competenciales, ni parcelaciones administrativas, ni siquiera voluntarismos políticos por muy loables que sean los fines perseguidos. Tan evidente realidad no ha recibido siempre un adecuado tratamiento normativo; es más, podría afirmarse que en el trasfondo de algunos de los principales debates sobre la naturaleza y el régimen jurídico del dominio público no hay sino un intento de acotar parcelas físicas de poder.

Desde la óptica de la aplicación de las normas, las demaniales han sido protagonistas de una interesante lucha competencial, primero entre competencias centrales y locales en el marco del Estado unitario y, a partir de la Constitución, entre la Administración estatal y la autonómica, favorecida por la declaración de titularidad estatal que sobre el espacio marítimo-terrestre introdujo el artículo 132.2 citado. La correcta articulación de competencias que recaen sobre el espacio físico marítimo-terrestre debe regirse por ciertas reglas que ya ha tenido oportunidad de reafirmar el Tribunal Constitucional:

1ª) El concepto no absoluto de «competencias exclusivas», en el sentido de que al formar parte del bloque de la constitucionalidad hay que ponerlo en relación con otras competencias que puedan ostentar otros entes territoriales en razón de otros títulos. En determinados supuestos, el carácter de exclusividad no implica excluir cualquier otra competencia sobre la materia, generando frecuentemente el fenómeno de competencias «concurrentes», que se explica por el juego de la pluralidad de títulos y la imposición de límites en el ejercicio de las competencias exclusivas que se derivan precisamente de competencias atribuidas a otro ente territorial en razón de otros títulos.

2ª) La condición de dominio público no es un criterio utilizado en nuestra Constitución ni en los Estatutos para delimitar competencias. El

concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostenten⁴. El dominio público es, más bien, un *título de intervención* dirigido primordialmente a proteger la afectación de determinados bienes, excluyéndolos del tráfico jurídico ordinario y confiéndoles un régimen jurídico exorbitante.

El dominio público se configura, por tanto, como un título atributivo de facultades encaminadas a procurar los fines que establece la norma: la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre (artículo 1 LC), que constituyen el contenido del título demanial⁵. Para lo cual el Estado dispondrá de un haz de potestades, algunas inobjetables desde la perspectiva competencial (como las relativas a la determinación de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, la afectación y desafectación o el establecimiento de las distintas formas de uso), y otras más controvertidas (como el establecimiento de limitaciones y servidumbres sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar). Todas ellas definen el contenido del título demanial y su ejercicio debe llevarse a cabo sin menoscabar las competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen al Estado y a las CCAA. Con fundamento en la titularidad del dominio público marítimo-terrestre, el Estado podrá limitar, no desplazar ni sustituir, las competencias autonómicas.

2. El ejemplo paradigmático de la ordenación del territorio

Probablemente uno de los títulos que más incidencias provoca sobre el dominio público marítimo-terrestre es el recogido en el artículo 148.1.3 CE:

«Las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... ordenación del territorio, urbanismo y vivienda».

⁴ Vid. STC 77/1984, de 3 de julio, FJ. 3.

⁵ Vid. artículo 2 de la Ley: «La actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre perseguirá los siguientes fines: (a) determinar el dominio público marítimo-terrestre y asegurar su integridad y adecuada conservación, adoptando, en su caso, las medidas de protección y restauración necesarias; (b) garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo terrestre, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas; (c) regular la utilización racional de estos bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines y con el resto del paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico; (d) conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas y de la ribera del mar».

Esto es lo que han hecho la generalidad de las comunidades autónomas⁶. De ellas, todas las costeras excepto Cantabria y Asturias mencionan la competencia para ordenación del litoral como distinta a la anterior. Realidad que ha sido tenida en cuenta por el TC, en una primera operación jurídica de calificación de las competencias implicadas a fin de determinar «la categoría genérica, de entre las referidas en la Constitución y en los estatutos de autonomía, a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas»⁷:

1º) Todas las comunidades autónomas costeras competentes para la ordenación del territorio lo son también para la del litoral, independientemente de que así lo hayan especificado en sus respectivos estatutos de autonomía⁸.

2º) La ordenación del territorio tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial⁹, constituyendo la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad¹⁰.

3º) Tal significación de la ordenación del territorio supone la actuación de poderes distintos dotados de competencias propias. La Administración territorial que asume como competencia propia la ordenación del territorio (Comunidad Autónoma) ha de tener en cuenta, para llevarla a cabo, la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias exclusivas, a fin de garantizar el mejor uso de los recursos del suelo y subsuelo,

⁶ Artículo 27.3 del Estatuto de Autonomía (EA) para Galicia, 10.31 EA País Vasco, 9.9 EA Cataluña, 13.8 EA Andalucía, 10.1.b) EA Asturias, 22.3 EA Cantabria, 8.8. EA Rioja, 10.1.b) EA Murcia, 31.9 EA Valencia, 35.1.b) EA Aragón, 31.1b) EA Castilla-La Mancha, 29.11 EA Canarias, 44.1 EA Navarra, 7.2 EA Extremadura, 10.3 EA Islas Baleares, 26.3 EA Madrid y 24.2 EA Castilla-León.

⁷ STC 80/1985, de 4 de julio.

⁸ STC 149/1991, de 4 de julio, FJ.1.A.

⁹ STC 149/1991, FJ. 1.B y 77/1984, FJ.2.

¹⁰ STC 149/1991, FJ. 1.B, citando la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la CEMAT el 23 de mayo de 1983. En este sentido BASSOLS COMA, *Sobre la colisión entre el destino urbanístico del suelo y su aprovechamiento minero*, REDA n.º 20, 1979, pág. 105 ss., habla de la «progresiva vocación de generalidad de la norma urbanística», porque aspira a proyectar una ordenación integral sobre el territorio, desde un escalón municipal hasta una dimensión nacional, llegando a través del planeamiento urbanístico al surgimiento del protagonismo del territorio en todos sus órdenes (económico, político, social, ambiental, ecológico, etc., incluso la ordenación del ocio). Así se explica que la normativa urbanística haya jugado históricamente el papel de punto de referencia para la incorporación de objetos institucionales que tenían reconocida una sede clara en el ordenamiento jurídico: protección del paisaje, ordenación del medio ambiente, defensa de recursos naturales, desarrollo económico a escala territorial ...

del aire y del agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo¹¹.

4º) Por eso el ejercicio de las distintas competencias debe mantenerse dentro de sus límites propios, a fin de evitar usurpaciones ilegítimas. La necesidad de coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de las distintas Administraciones es inherente a la idea misma de «ordenación» del territorio¹².

Pues bien, la idea de «ordenación» obliga a las autoridades autonómicas a atender a los condicionantes demaniales cuando sus actuaciones se proyectan sobre la peculiar franja llamada «litoral» o dominio público marítimo-terrestre. En palabras del TC:

«Esta naturaleza y estas características de la zona marítimo-terrestre no se reducen, como es bien sabido, al simple hecho físico de ser esa zona el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra. De esa situación derivan una serie de funciones sociales que la Carta Europea del Litoral resume, en el primero de sus apartados, señalando que es esencial para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, ocupa un lugar estratégico en el desarrollo económico y en la reestructuración de la economía mundial, es soporte de las actividades económicas y sociales que crean empleo para la población residente, es indispensable para el recreo físico y psíquico de las poblaciones sometidas a la presión creciente de la vida urbana y ocupa un lugar esencial en las satisfacciones estéticas y culturales de la persona humana. Para servir a estas funciones el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos.

*Estas finalidades que ampara el art. 45 CE no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilidades del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él y, en consecuencia, tampoco sin incidir sobre la competencia que para la ordenación del territorio ostentan las Comunidades Autónomas costeras ...» (FJ. 1.D)*¹³.

En definitiva, la titularidad demanial opera justificadamente como un límite para las competencias autonómicas de ordenación del territorio, que ha de traer causa de la necesidad de *proteger* el dominio público marítimo-terrestre (ex. art. 2 LC). Sólo en esa medida la implicación del título demanial en el ámbito de competencias exclusivas será legítimo¹⁴,

¹¹ Vid. STC 149/1991, FJ.1.B.

¹² Ibid.

¹³ La cursiva es de la autora.

¹⁴ Vid. MEILÁN GIL, J.L., *La Ley de Costas y las competencias de las CCAA*, en *Ley de Costas: legislación y jurisprudencia constitucional*, EGAP, 1992, pág. 138 ss. Desde esta

por lo que el punto de partida consistirá en definir el alcance o significado de dicha protección.

La *protección física* no parece plantear problemas, porque está claro que todo el dominio público marítimo-terrestre actúa sobre una base física. La *protección jurídica* es un concepto más lábil; el Estado tendrá competencias para regular jurídicamente el dominio público marítimo-terrestre (determinación, protección y defensa) condicionadas a garantizar su conservación de forma congruente con la naturaleza del bien. La protección de la utilización «libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquel» permite limitar las competencias urbanísticas de las comunidades autónomas sin que ello suponga sustracción de competencias ni usurpación ilegítima de atribuciones. En sentido contrario, cualquier limitación que no guarde relación directa con aquella utilización no podrá ampararse en el título demanial¹⁵. La «naturaleza de las cosas», por tanto, constituirá un límite al ejercicio de la competencia autonómica pero dicho límite debe comprender solamente lo que es específico del título estatal sobre el dominio público. Esta es la doctrina que, al menos teóricamente, resume la STC 149/1991:

perspectiva justifica la servidumbre de tránsito, por ejemplo, que recae sobre una franja de seis metros, porque es necesario que quede expedita para los concretos fines de vigilancia y salvamento; y los primeros veinte metros de servidumbre de protección, para depósitos temporales de objetos o materiales arrojados por el mar o para operaciones de salvamento; pero mayor dificultad plantea, para el autor, la protección de los restantes metros cuya regulación es característica de los planes de urbanismo. Cfr. pág. 138.

¹⁵ Para MEILÁN GIL la protección de la utilización de una playa impidiendo, por ejemplo, que los edificios próximos proyecten su sombra en la misma, cae dentro de las atribuciones estatales en virtud del título demanial, porque la adecuada utilización de una playa requiere que le dé el sol; pero otro tipo de medidas para asegurar el uso común es materia urbanística y no podrá ampararse en aquel título; y a este respecto, el autor considera extralimitada la disposición contenida en el artículo 33.4 LC («la ocupación de la playa por instalaciones de cualquier tipo ... no podrá exceder, en su conjunto, de la mitad de la superficie de aquella en pleamar y se distribuirá de forma homogénea a lo largo de la misma»), consideración en parte ratificada por la STC 149/1991 al declarar inconstitucional su última parte por entender que la distribución de las instalaciones en una playa debe ser hecha por la Administración competente para la ordenación del territorio, aunque en su defecto pueda valer como supletoria la norma legal que establece la distribución homogénea (FJ.4.B.c); y también declara inconstitucional la última parte del precepto («se solicitará de la Administración del Estado la distribución cuando se estime que existen condiciones especiales») por la misma razón, pues se trata de una tarea que corresponde a la Administración competente para la ordenación del territorio, aunque pueda la Administración estatal denegar las solicitudes de autorización o concesión, aun acomodadas a la distribución prevista en la ordenación del territorio, por razones de interés público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35. Vid. MEILÁN GIL, J.L., *op. cit.*, pág. 142 ss.

«Aun a riesgo de incurrir en reiteraciones, no es superfluo advertir, también en este punto, que *esas facultades dominicales sólo pueden ser legítimamente utilizadas en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público, esto es, para asegurar la protección de la integridad del demanio, la preservación de sus características naturales y la libre utilización pública y gratuita*, no para condicionar abusivamente la utilización de competencias ajenas y en lo que aquí más directamente nos ocupa, la competencia autonómica para la ordenación territorial ...» (FJ. 4.A).

Pero la fuerza del título demanial hace extensiva su influencia mucho más allá del espacio considerado *stricto sensu* como dominio público. Con una perspectiva razonable e inevitable, el legislador de 1988 era consciente de que proteger el dominio público suponía también proteger su entorno, llámesele paisajístico, área de influencia o de cualquier manera que permita invocar una idea que habremos de tener presente: la de «ordenación» de un amplio espacio, donde hay una interacción de agua-tierra-aire que sólo tratada como unidad podrá ser objeto de eficaz protección.

De ahí que la Ley de Costas de 1988 y su Reglamento hayan «desbordado» con creces y conscientemente la línea física imaginaria –no siempre de precisos contornos– que define interiormente la llamada «ribera del mar» para incursarse «tierra adentro» en la propiedad privada o pública, pero no afectada demanialmente, con la regulación de las servidumbres administrativas y otras limitaciones de la propiedad colindante con el dominio público, principalmente.

Esta exposición deberá atender, por tanto, a esas dos franjas de terreno, diferentes pero unidas por un elemento físico –el territorio– a sabiendas de que el urbanismo turístico se proyecta sobre ambas.

a) El urbanismo «sobre» el dominio público

Tradicionalmente las relaciones entre dominio público y el urbanismo han sido explicadas en clave competencial, primero por la concurrencia de competencias estatales y municipales sobre la zona marítimo terrestre –que generó una rica jurisprudencia a la que luego nos referiremos y que marcó, en cierto modo, la evolución de la doctrina del dominio público en nuestro sistema jurídico–, y después, a partir de 1978, por el protagonismo perseguido y alcanzado de las comunidades autónomas a las que la CE reconoce, sin más distinciones territoriales o físicas, la competencia sobre la «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (art. 148.1.3 CE).

Comenzando por la jurisprudencia relativa a la concurrencia de competencias del Estado y de los municipios, y sobre la base de diferenciar las ideas jurídicas de «propiedad» y de «jurisdicción/soberanía/imperium», el TS vino resolviendo los múltiples pero similares conflictos urbanísticos sobre la zona marítimo-terrestre utilizando instrumentalmente algu-

nas técnicas jurídicas que, sin perseguir su perfección, permitieron salir al paso de problemas recurrentes. Así como a un propietario cualquiera no le basta con exhibir el título de propiedad para edificar en su terreno –dijo el TS–, tampoco al Estado, «propietario» de la zona marítimo-terrestre, le basta invocar tal condición para urbanizar en el dominio público, que es, al fin y al cabo, parte de un término municipal sobre el que el ente local ejerce sus competencias urbanísticas. De ahí que se exija, también en estos casos, la correspondiente licencia municipal.

No se puede dudar de la oportunidad de esta teoría, y si por resolver problemas merece alguna calificación ésta debe ser de sobresaliente. Pero sería simplificar excesivamente el tema si recondujésemos la compleja concurrencia competencial sobre el dominio público a una relación casi ordinaria entre el propietario y la administración urbanística. La propia teoría falla en casos extremos, que podrían ser calificados de laboratorio o artificiales, pero que reflejan que ni con las afirmaciones anteriores se resuelven todos los problemas urbanísticos sobre la costa, ni la solución alcanzada muchas veces es coherente.

Pondremos un ejemplo clásico: la exigencia de licencia de obras para las construcciones realizadas sobre el mar territorial. El punto débil del planteamiento anterior se pone ahora en evidencia: si la teoría del TS venía a sostenerse en que siendo los terrenos parte de un término municipal, el Estado, como cualquier otro propietario, tiene que solicitar el correspondiente permiso, ¿qué sucede cuando las obras se quieren realizar fuera del término –entiéndase, de cualquier término– municipal (precisamente el mar territorial)? El TS buscó una solución airosa, original y «casi infalible», aplicando la doctrina iusprivatista de la accesión y distinguiendo en el proceso de construcción de edificaciones en el mar territorial dos fases diferenciadas:

▮ La fase inicial, para la cual se reconoce competencia exclusiva al Estado para otorgar concesiones de construcciones dentro del mar, dada la finalidad de este tipo de obras, sobre un elemento que baña la costa y que todavía no es término municipal a los efectos urbanísticos.

▮ La fase posterior, cuando los terrenos ganados al mar a consecuencia de las obras anteriores pasan a formar parte de la zona marítimo-terrestre por accesión artificial, que exige ya la observación de la ordenación urbanística para los usos del suelo, siendo entonces necesaria la licencia municipal correspondiente¹⁶.

¹⁶ Vid. la STS de 20 de septiembre de 1984 (az. 5582; ponente: A. Botella Taza). En este caso se trataba de la construcción de un dique de protección en el Puerto de Cádiz en el mar territorial «con implantaciones en lecho submarino y aumento del espacio terrestre del territorio nacional», por lo que el TS concluye la inexigibilidad de licencia municipal: «... pues para intervenir mediante licencia los actos constructivos

Esta es la única interpretación posible –dice el TS–, pues cualquier otra

«... llevaría a la conclusión de que la Jurisdicción Municipal se extiende de forma ilimitada dentro de las aguas territoriales del Estado, hasta el mar libre, comprendiendo incluso las construcciones como plataformas y semejantes aisladas de la zona costera, lo cual excede de la finalidad y determinaciones de las facultades urbanísticas y resulta contrario a la realidad social, principio hermenéutico que, con arreglo al Título Preliminar del Cc siempre ha de tenerse presente ...».

Si se pretendiera que para realizar tales obras iniciales hubiera ya de obtenerse licencia urbanística, la intervención de los municipios no supondría una coordinación de competencias, sino «una homologación sobre la concesión estatal que interferiría sobre un espacio que en ese momento no es urbanístico y una superioridad de la actuación local sobre la estatal»¹⁷.

Se trata, sin duda, de una teoría que, llevada al extremo, resulta absurda: ¿qué sucedería si la Administración estatal pretendiera o permitiera construir en el mar territorial sin que en ningún momento de la operación la construcción accediese físicamente al término municipal, aunque llegase a aproximarse a él de forma abrumadora?. La explotación, tal vez turística, sería llamativa, exótica, única y muy atractiva, tal vez más atractiva por el hecho de no estar unida al territorio (pongamos, por ejemplo, sólo a través de una lustrosa pasarela móvil o mediante un servicio de ferry con horarios generosos). En estos casos, ¿no tendría nada que decir, desde un punto de vista urbanístico, el municipio?.

En el fondo de la cuestión laten dos eternos dilemas:

1) ¿Qué debemos entender por «territorio» desde planteamientos costero-urbanísticos?.

2) ¿Dónde termina la protección del litoral y dónde comienza la ordenación del territorio?.

El TC ha tenido la ocasión de aludir a ambas cuestiones en la STC 149/1991 (FJ.1 A):

sobre el suelo y el uso del mismo es razonable exigir que exista suelo o espacio terrestre, concepto inaplicable al fondo submarino, lo cual infiere que una vez emergente o construido el dique como tal, y en ese aspecto aumentado el término municipal, serán las obras sobre dicho nuevo suelo las que precisen de previa licencia municipal, pero no la fase preliminar o constitutiva del suelo en su básica y material aplicación ...».

¹⁷ Vid. las sentencias del TS de 20 de septiembre de 1984 (az. 5582) y 28 de febrero de 1986 (az. 1633), 25 de enero de 1988 (az. 423), 28 de marzo de 1988 (az. 1732) y 4 de abril de 1990 (az. 3583).

«Nos hallamos así ante dos interpretaciones distintas de lo dispuesto en el art. 148.1.3ª de la CE. Una, *más restrictiva y sin apoyo alguno en la letra del precepto*, para la cual el concepto de territorio no incluye el de litoral y que, en consecuencia, entiende que, inicialmente, la competencia para ordenar este último sólo puede ser asumida por aquellas Comunidades Autónomas cuyos Estatutos sólo han de tener en cuenta los límites establecidos en el art. 149. Otra, *más amplia y en definitiva más congruente con el texto constitucional, para la cual el litoral forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas costeras, de manera que su ordenación puede ser asumida por éstas como competencia propia desde el momento mismo de su constitución y sea cual hubiera sido la vía seguida para lograrla*.

Esta segunda interpretación del mencionado precepto (art. 148.1.3ª) de la Constitución, *priva de relevancia constitucional, en lo que toca a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a la distinción, innecesaria por tanto a estos efectos, entre «territorio» y «litoral»...*

*... Hay que entender, por tanto, como conclusión, que todas las Comunidades costeras competentes para la ordenación del territorio lo son también para la del litoral, como sin duda han entendido también los autores de la Ley de Costas, en cuyo art. 117 se hace una referencia genérica a todo planeamiento territorial y urbanístico «que ordene el litoral», concepto este último, por lo demás, cuya precisión no está exenta de considerables dificultades, que aquí podemos obviar, ya que, a los efectos de esta Ley, incluye al menos la ribera del mar y sus zonas de protección e influencia» (FJ. 1.A. STC 149/1991)*¹⁸.

A los efectos de la Ley de Costas, por tanto, la ordenación del territorio comprende también la del «litoral»: «al menos» –dice el Tribunal– la ribera del mar y las zonas de protección e influencia¹⁹. El contenido mínimo del «litoral» parece claro; la cuestión obliga a plantear la posibilidad de que el litoral y su ordenación vayan más allá. En principio, nos encontramos con unas palabras firmes del TC en el FJ. 7.A.a.b) STC 149/1991, en relación con las concesiones de obras fijas *en el mar* y de instalaciones marítimas menores:

«... Resta considerar, por último, la licitud de la previsión concerniente a las concesiones de obras fijas en el mar y de las instalaciones marítimas menores que no forman parte de un puerto o estén adscritas al mismo respecto de la cual resulta poco dudosa la existencia de competencia estatal. *Es obvio que la competencia autonómica sobre ordenación del territorio no se extiende al mar y que, excluida la competencia sobre puertos no afectada*

¹⁸ La cursiva es de la autora.

¹⁹ Compárese esta afirmación con la realizada en la STS de 19 de junio de 1987 (az. 4899; ponente: J. Ventura Fuentes Lojo), que distinguía, a efectos de delimitar las competencias la zona marítimo-terrestre y las playas, de un lado, y el mar litoral, de otro. ¿Qué mar litoral? ¿Cuál es su extensión? ¿Qué tiene que ver con el «mar territorial» o con el simple «mar»? Desde luego, el TS y el TC no están hablando de la misma realidad física cuando se refieren al litoral en la STS antes citada y en la STC 149/1991.

por esta previsión, las restantes competencias sectoriales asumidas por las Comunidades Autónomas (pesca, acuicultura, etc.) no dispensa a quienes realizan estas actividades de la necesidad de obtener la correspondiente concesión demanial cuando la realización de las mismas implica la ocupación del dominio público marítimo-terrestre y *a fortiori*, la del mar territorial».

La determinación, por tanto, de la extensión del «litoral» parece cobrar importancia. Resulta sorprendente que el legislador de Costas haya obviado un concepto que no sólo aparece en los Estatutos de Autonomía como delimitador de competencias, sino que ha sido tradicionalmente utilizado por la doctrina y la jurisprudencia como criterio interpretativo en numerosos supuestos²⁰.

Trasladando estas reflexiones a la esfera local, la pregunta es la siguiente: ¿hasta dónde llega la competencia de las Corporaciones Locales sobre la ordenación urbanística?²¹. A mi juicio, la noción de «interés municipal» puede definir la competencia. El propio artículo 137 CE apoya esta interpretación²² cuando afirma la autonomía de los municipios, provincias y comunidades autónomas «para la gestión de sus respectivos intereses». Expresión que ha de entenderse como el derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de «cuantos asuntos le atañan»²³. La intensidad

²⁰ Vid. la STS de 19 de octubre de 1990 (az. 8294; ponente: J. M. Morenilla Rodríguez) que exigió un amplio esfuerzo probatorio al efecto de determinar si las obras realizadas por el demandado tenían la consideración de terrenos ganados al mar.

²¹ La dificultad de determinar el contenido del principio de autonomía local ha sido puesto de relieve por numerosos autores. Vid., por todos, FANLO LORAS, A., *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, especialmente pág. 256 ss., y SOSA WAGNER, F. y DE MIGUEL GARCÍA, P., *Las competencias de las Corporaciones Locales*, IEAL, Madrid, 1985, pág. 101 ss.

²² Junto con los artículos 9, 138, 140, 141 y 142 CE.

²³ El legislador estatal, en virtud del título competencial del art. 149.1.18 CE, realiza la concreción de los aspectos organizativos o institucionales y competenciales de los entes locales que se consideran constitucionalmente necesarios, partiendo de tres premisas: 1ª. La necesidad de dotar a la autonomía local de un contenido que constituya un «mínimo común denominador» con vigencia en todo el territorio nacional. 2ª. El respeto de las competencias estatutarias del legislador autonómico sobre las distintas materias o sectores de la acción pública. 3ª. La imposibilidad material de determinar de una manera definitiva las competencias locales desde la legislación de régimen local. El artículo 2.1 LBRL recoge un criterio material con arreglo al cual debe proceder el legislador sectorial ordinario, estatal o autonómico, a determinar las competencias locales: «Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y de las CCAA reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad

de esta participación se graduará en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de aquellos asuntos.

De hecho, la pérdida progresiva de protagonismo y peso específico por las Corporaciones Locales que marcó la época preconstitucional, dentro de un movimiento centralizador tendente a despojar a las entidades locales de sus competencias en favor de una extensiva Administración central periférica²⁴, derivó a partir de la Constitución de 1978 en el proceso inverso de desmantelamiento de los mecanismos de intervencionismo estatal en los municipios, como rechazo al sistema estatocéntrico anterior, y en la reorientación del sistema de relaciones interadministrativas hacia fórmulas nuevas más respetuosas de la autonomía local que ha recogido la LBRL. Lo cual no significó la erradicación de todo límite²⁵, sino su admisión con las suficientes cautelas. Así, por ejemplo, se afirma que todo control debe tener como objetivo prioritario asegurar el respeto a la legalidad y a los principios constitucionales; que es incompatible con la autonomía local «la previsión de controles genéricos o indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras entidades territoriales» (STC 4/1981, FJ. 3º); y que los controles de legalidad han de tener carácter concreto y han de referirse a «supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en *intereses generales* concurrentes con los propios de la Entidad» (STC 4/1981, FJ. 3º). Los controles de oportunidad se declaran incompatibles con el principio de autonomía local, en cuanto que mediante dicho control la adopción de la decisión local viene a compartirse por otra Administración distinta, perdiendo la Entidad Local la total responsabilidad del correspondiente

pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos». El legislador estatal ha recogido en este artículo las «directrices para llevar a cabo la asignación de competencias» (STC 214/1989, FJ. 3º) y ha recogido en el artículo 28 LBRL lo que el TC ha llamado «cláusula competencial genérica que, más allá de las competencias que por imperativo de los artículos 2.1 y 25 de la Ley el legislador sectorial debe reconocer a las entidades municipales, habilita a los municipios para que puedan desarrollar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones» (STC 214/1989, FJ. 12.a).

²⁴ Vid. ALBI, F., *La crisis del municipalismo*, 1966.

²⁵ Como ha dicho el TC, el concepto de autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución. Por eso, no debe deducirse del texto constitucional una supuesta incompatibilidad entre el principio de la autonomía local y la existencia de controles administrativos (STC 4/1981, de 2 de febrero, 14/1981, de 29 de abril, 57/1983, de 28 de junio, 117/1984, de 5 de diciembre, 27/1987, de 27 de febrero, ...).

acuerdo adoptado. Ello, naturalmente, salvo excepción que pueda fundamentarse en la propia Constitución (STC 4/1981, FJ. 3º). Finalmente se afirma que el control debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar (principio de proporcionalidad).

Estos criterios deben presidir la aplicación de la normativa urbanística y costera, especialmente cuando aquélla exige licencia municipal para actos de edificación y uso del suelo sobre dominio público promovidos por órganos de las Administraciones Públicas o Entidades de derecho público: la concepción extensiva de la materia urbanística junto con el principio constitucional de autonomía local para la gestión de sus intereses propios, forzosamente llevan a exigir licencia municipal de obra para las construcciones sobre dominio público marítimo-terrestre, sean en zona marítimo-terrestre sean en mar litoral, salvo que se trate de supuestos excepcionales, en los que intereses supralocales debidamente compensados impongan la aplicación de un régimen especial²⁶.

Desde luego, a una Corporación no le es indiferente la ubicación en su término municipal de un puerto deportivo, ni mucho menos su extensión, instalaciones y servicios, etc. También es evidente que la construcción de este tipo de obras, pese a resultar de interés general, no conlleva matices de urgencia, necesidad o semejantes que justifiquen la aplicación de un régimen especial obviando el principio de autonomía local. Por eso es preciso generalizar la exigencia de licencia desde el primer momento o desde la primera decisión de construcción del puerto deportivo, permitiendo al Ayuntamiento, como mínimo, participar en la señalización de su ubicación y adecuación al planeamiento. Lo contrario sería ir en contra del derecho reconocido a las Corporaciones Locales para gestionar sus respectivos intereses, utilizando un criterio formalista (la noción materialmente estrecha del territorio) y una interpretación desechada por el propio TC (la concepción del demanio como título atributivo de competencias) para ampliar la esfera de poder estatal –o autonómico– en detrimento de la local.

²⁶ Vid. STS de 25 de enero de 1993 (az. 7; ponente: R. Enríquez Sancho): «La jurisprudencia de esta Sala que declara que en los supuestos de grandes obras públicas de marcado interés público de relevancia y trascendencia para la sociedad su ejecución no puede quedar impedida por la voluntad municipal, por lo que no pueden sujetarse al régimen establecido en los artículos 178 y 180 LS (SS. de 3 de diciembre de 1982, 20 de febrero de 1984, 28 de mayo de 1986, 17 de julio de 1987 y 28 de septiembre de 1990), supone una excepción al principio general, que claramente se deduce de dichos preceptos, de intervención municipal en todos los actos de edificación y uso del suelo que tengan lugar en el término municipal, por lo que ha de aplicarse en situaciones muy especiales y reducidas ...».

b) *El urbanismo «colindante» con el dominio público*

Como ya apuntamos, en estos «otros casos» de propiedades colindantes con el dominio público –por tanto, no demaniales– no sirve la invocación del título demanial para justificar ciertas intervenciones de la Administración del Estado. No por ello el legislador estatal ha dejado de ejercer tal intervención o influencia sobre esta zona, mediante la imposición de exigencias, el establecimiento de prohibiciones o el condicionamiento de las actuaciones de otras Administraciones públicas que, a posteriori, han necesitado la –en ocasiones forzada– interpretación del TC. En tales casos, se invocan títulos competenciales del propio artículo 149.1 de la CE²⁷, como los siguientes:

a) El TC invoca la «igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art.149.1.1 CE), que opera en dos planos distintos:

■ en primer lugar, para asegurar una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona (art.45 CE) en relación con el dominio público marítimo-terrestre, que fundamenta la legitimidad de todas las normas destinadas a garantizar, en condiciones básicamente iguales, la utilización libre, pública y gratuita del demanio para los usos comunes y a establecer correlativamente el régimen jurídico de los usos y ocupaciones que no lo son;

■ en segundo lugar, para asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre y para garantizar su accesibilidad, que permite imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de sus propietarios, afectando directamente el derecho de propiedad garantizado en la CE (art. 33).

b) El TC invoca asimismo la competencia exclusiva del Estado para la «legislación básica sobre protección del medio ambiente», sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23 CE), justificadora de las limitaciones del uso de los terrenos colindantes a fin de preservar las características propias de la zona marítimo-terrestre²⁸.

Invocando ambos títulos, el ámbito de la protección física y jurídica del dominio público marítimo-terrestre aparece excesivamente ampliado en favor de una de las Administraciones territoriales, en este caso la esta-

²⁷ «En lo que toca a los terrenos colindantes es claro, sin embargo, que tal titularidad no existe y que la articulación de competencias ... ha de hacerse por otra vía, apoyándose en otras competencias reservadas al Estado en exclusiva por el artículo 149.1. CE» (FJ.1.D. STC 149/1991).

²⁸ Vid. FJ.1.D STC 149/1991.

tal, aunque no es su cualidad de titular la que legitima su actuación; y, lógicamente, en perjuicio de otra, la autonómica, que ve sustraídas de su competencia sobre ordenación del territorio determinadas facultades encuadradas por el TC en el marco de la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales o en el marco básico de la legislación medioambiental.

La búsqueda de la competencia prevalente debería haber llevado a relegar a un segundo plano los títulos del artículo 149.1.1 y 149.1.23 de la CE respecto al que consideramos «específico» de la materia de que se trata, el del artículo 148.1.3 sobre ordenación del territorio, si bien con las limitaciones que conlleva la existencia de competencias concurrentes²⁹.

El título medioambiental es particularmente conflictivo cuando se utiliza para legitimar actuaciones estatales de marcado carácter urbanístico sobre la costa. Podría afirmarse que la sentencia sobre la Ley de Costas ha provocado un cambio sutil en el contenido de la expresión «legislación básica estatal» cuando se refiere al medio ambiente. Así, si en ocasiones anteriores se había afirmado que

«la legislación básica del Estado ... cumple ... una función ... de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso» (STC 170/1989, de 19 de octubre, entre otras).

en la STC 149/1991 (FJ. 1.D) se dice:

«... en materia de medioambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es *menor que en otros ámbitos* y ... en consecuencia ... no cabe afirmar la inconstitucionalidad de las normas estatales aduciendo que, por el detalle con el que están concebidas, *no permiten desarrollo normativo alguno*».

Incluso es problemático determinar el alcance de la expresión «protección del medio ambiente», por su cercanía en esta materia al título «ordenación del territorio». Sin embargo, diferenciar cuándo la norma tiene como finalidad proteger el medio ambiente u ordenar el territorio tendrá una importancia enorme.

El TC ha hecho importantes esfuerzos por delimitar el objeto, el contenido y la finalidad de los diferentes títulos competenciales. Sin embargo, la interpretación de la expresión «protección del medio ambiente» no siempre deja a salvo las competencias autonómicas, y supone en la práctica una nada satisfactoria reducción del marco competencial autonómico en beneficio de las competencias estatales. Un ejemplo basta para ilustrar esta afirmación: el artículo 25 de la Ley de Costas y su polémica constitucionalidad.

²⁹ Vid. STC 32/1983, 80/1985, 227/1988, 137/1989, etc.

Atiéndase, efectivamente, a las prohibiciones que impone este precepto sobre ciertas actividades en la zona de servidumbre de protección. Entre ellas, las que «impliquen la destrucción de yacimientos de áridos» (letra c) aparece plenamente justificada porque se integra directamente dentro de las facultades que la protección del dominio público marítimo-terrestre confiere a su titular. Distinta es la conclusión respecto a otras prohibiciones: el TC justifica las prohibiciones de las letras a, b, d y f por tratarse de normas dirigidas a proteger valores naturales y paisajísticos, encuadradas dentro de la competencia estatal para establecer la legislación básica para la protección del medio ambiente (FJ.3.D.c STC 149/1991). Parece, sin embargo, discutible que todos estos supuestos deban reducirse a criterios medioambientales, como, por ejemplo, la prohibición de «las edificaciones destinadas a residencia o habitación» (letra a), que es una materia fundamentalmente urbanística.

Lo dicho: en determinadas ocasiones el artículo 149.1.23 de la CE supone una vía ampliadora de las competencias estatales en el espacio físico del dominio público marítimo-terrestre y fuera de él (propiedades colindantes), olvidando la necesaria presencia de las competencias urbanísticas de las comunidades autónomas, cuyo contenido podría garantizar, sin necesidad de articular las técnicas jurídicas expuestas, la protección del paisaje cuando no formase parte de la estricta protección demanial³⁰.

Un ejemplo más: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley de Costas:

³⁰ En el fondo subyace, para MEILÁN GIL, el prejuicio de que el Estado es mejor garante del interés general, en este ámbito, que las comunidades autónomas. Creencia tanto más paradójica si pensamos que la degradación del litoral se produjo en un Estado centralizado. En principio no hay porqué suponer que la Comunidad Autónoma ha de estar menos interesada que el Estado en la conservación del medio ambiente que le afecta. Cfr. *La Ley de Costas ...*, cit., pág. 140. En sentido semejante invoca el TC el título competencial comprendido en el artículo 149.1.23 CE. Para legitimar la Disposición Transitoria Tercera de la Ley, referente a la aplicación de las normas sobre limitaciones de predios colindantes a los terrenos clasificados urbanísticamente antes de la entrada en vigor de la Ley 22/1988. Dice el TC: «Cabe añadir que éste régimen transitorio encuentra además complementaria cobertura en la competencia que al Estado reserva el artículo 149.1.1 de la CE, ya que con él se garantiza que las limitaciones y servidumbres que establece la Ley no tengan una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas de los terrenos e inmuebles de su titularidad. Es decir, si *la necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho que garantiza el art. 33.1 de la C.E. no quedaría plenamente asegurada si el Estado no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes del dominio público marítimo-terrestre sujetos a las limitaciones ya conocidas, tampoco lo quedaría si no procediese a fijar los criterios a los que transitoriamente, en atención al planeamiento y circunstancias urbanísticas preexistentes en cada caso, deba acomodarse y ajustarse la aplicación de dichas limitaciones*» (FJ. 8.D STC 149/1991). La cursiva es de la autora.

«1. La Administración del Estado, sin perjuicio de las competencias de Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, dictará las normas generales y las específicas para tramos de costas determinados, sobre protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre, con sujeción a lo previsto en esta Ley. Tales normas incluirán directrices sobre las siguientes materias:

a) Realización de actuaciones de defensa, regeneración, recuperación, mejora y conservación del dominio público.

b) Prioridades para atender las demandas de utilización, existentes y previsibles, en especial sobre servicios de temporada en playas, vertidos, y extracciones de áridos en la ribera del mar y en los terrenos calificados de dominio público en virtud de los artículos 4 y 5.

c) Localización en el dominio público de las infraestructuras e instalaciones, incluyendo las de eliminación de aguas residuales y vertidos al mar.

d) Otorgamiento de concesiones y autorizaciones.

e) Régimen de utilización de las playas, seguridad humana en los lugares de baño y demás condiciones generales sobre uso de aquéllas y sus instalaciones.

f) Adquisición, afectación y desafectación de terrenos.

2. Las normas específicas serán sometidas a informe de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente, con carácter previo a su aprobación».

Al margen de los enmarañados razonamientos del TC en la primera parte del Fundamento Jurídico 4.B.d) STC 149/1991 respecto a la naturaleza y contenido posible de las citadas directrices, el TC apunta lo que se puede considerar como la correcta articulación de competencias estatales y autonómicas: la competencia prevalente, en caso de concurrencia, será la autonómica sobre la ordenación del territorio y del litoral y sobre urbanismo; las limitaciones a su ejercicio vendrán de la existencia y funcionalidad del dominio público, con fundamento en las cuales el Estado puede establecer criterios a tener en cuenta por la Comunidad Autónoma:

«La eficacia que a estas normas se atribuye es, en definitiva, tal que son ellas y no los instrumentos de ordenación del litoral producidos por las comunidades autónomas (instrumentos para cuya aprobación se requiere, por lo demás, el informe previo y vinculante de la Administración estatal según el art. 112), o las medidas que éstas adopten en ejecución de la legislación estatal sobre vertidos industriales y contaminantes al mar (también requeridas de informe previo y vinculante: art. 112.b) las que determinen cuál haya de ser la utilización y ocupación del demanio marítimo-terrestre, que realmente vienen a ordenar. No se trata, pues, ni de simples instrucciones de servicio, ni de normas, que, dictadas en virtud de competencias específicas del Estado aisladamente consideradas o en conexión con las funciones que a éste impone inexcusablemente el art.

132.2, vienen a condicionar la competencia asumida por las Comunidades Autónomas para la ordenación de su propio territorio, sino de normas que proceden directamente a ordenarlo y que, en consecuencia invaden las competencias autonómicas.

Esta evidencia, que conduce inexcusablemente a considerar inconstitucional al precepto que habilita a la Administración del Estado para dictar tales normas, plantea, sin embargo, un problema que no podemos ignorar y exige una aclaración necesaria.

En lo que toca a esta última, conviene subrayar aquí que la declaración de inconstitucionalidad del precepto no implica en modo alguno que la Administración del Estado, a la que incumbe la protección y utilización del demanio, no pueda llevar a cabo las actuaciones de defensa, regeneración, mejora y conservación del dominio público [apartado 1.a)], o prever prioridades para atender las demandas de extracciones de áridos (1.b), o determinar cuál es la localización en él de las infraestructuras e instalaciones (1.c), o regular el procedimiento para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones (1.d), o resolver lo necesario sobre la adquisición, afectación y desafectación de terrenos (1.f), ni, en general, desempeñar sus funciones propias sin otra orientación que la del interés público, de manera que no pueda negar, por ejemplo, las autorizaciones y concesiones que de ella se soliciten, aun estando ajustadas esas solicitudes a los correspondientes instrumentos de ordenación territorial, cuando estime que su otorgamiento sería perjudicial para la integridad del dominio público o su utilización. Tampoco significa que los órganos centrales de la estructura administrativa correspondiente no puedan establecer, cuando lo estimen oportuno, los criterios a los que, con carácter general o respecto de tramos específicos, habrá de ajustarse la actuación de los órganos periféricos impartiendo instrucciones o directrices sobre las materias o haciendo uso de la habilitación general que les concede la D.F. 2ª.2. Una cosa es, sin embargo, que en virtud de la aplicación de tales criterios se denieguen en uno o más casos solicitudes de autorización o concesión admisibles de acuerdo con la ordenación territorial o urbanística, y otra bien distinta que esas instrucciones o directrices, convertidas en normas vengán a sustituirla, de manera que la negativa pueda fundarse exclusivamente en la no conformidad de la solicitud con lo previsto en ellas. *La denegación de una solicitud cursada de acuerdo con las previsiones establecidas por la Administración competente para la ordenación del territorio y del litoral sólo podrá fundarse en el daño que su otorgamiento implicaría para la preservación del dominio público o para su utilización, no por contravenir normas emanadas de una Administración que carece de competencias propias en esta materia*» (FJ. 4.B.d STC 149/1991)³¹.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, que es suficientemente significativo, podría afirmarse que el dominio público marítimo-terrestre se configura como un marco típico de concurrencia de competencias sobre un mismo espacio físico pero por diferentes títulos. Ante ello, la necesi-

³¹ La cursiva es de la autora.

ria articulación de los ordenamientos que conforman el Estado compuesto exige una actuación coordinada, en el sentido expuesto reiteradamente por el TC³². Pero no hay por qué presuponer que la iniciativa deba ser estatal, ni hay por qué prejuzgar a las Comunidades Autónomas como peores garantes de los intereses generales que el Estado. Por eso es defendible que en el propio marco urbanístico esté presente la protección del medio ambiente y del litoral.

3. La nada desdeñable doctrina del TC sobre la técnica de los informes como medio de articulación de competencias

Uno de los preceptos más polémicos de la Ley de Costas resultó ser el artículo 112, que establece la competencia estatal para emitir informe preceptivo y vinculante en determinados supuestos.

Siempre y cuando éstos se circunscribiesen estrictamente a la finalidad de protección y uso del dominio público marítimo-terrestre, no debería plantearse pega alguna al precepto. El problema radica de nuevo en la visión ampliadora de la noción «protección del dominio público marítimo-terrestre» que al incluir, además de la integridad física, la preservación medioambiental y paisajística, atribuye al Estado determinadas competencias en principio encuadrables en la ordenación del territorio o urbanismo. Es el caso, por ejemplo, del apartado a) del artículo 112, que atribuye a la Administración del Estado la facultad de emitir informe preceptivo y vinculante sobre los planes y normas de ordenación territorial

³² Vid. por ejemplo, las SSTC 32/1983, 42/1983, 11/1984, 27/1987 y 104/1988: El principio de coordinación procura la integración de las diferentes partes o subsistemas en el conjunto del sistema, evitando las contradicciones y reduciendo las disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema. La coordinación no supone una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma. A través de la coordinación, por el contrario, ha de conseguirse un adecuado equilibrio entre el respeto de las autonomías territoriales y la necesidad de evitar que éstas conduzcan a separaciones o compartimentalizaciones que desconozcan la propia unidad del sistema (art.2 CE). La unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (art.103 CE), permiten, cuando no imponen, al legislador, establecer fórmulas y vías de relación entre unas y otras administraciones locales, y de todas ellas con el Estado y las CCAA, en el ejercicio de competencias que para la gestión de sus respectivos intereses les correspondan. La integración de las diversas partes en un conjunto unitario, procurada por la actividad de coordinación, exige la adopción de las medidas precisas y suficientes para conseguir tal integración. La coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación, que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos, y la acción conjunta de las autoridades en el ejercicio de sus respectivas competencias.

y urbanística y su modificación o revisión, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Costas y las normas que se dicten para su desarrollo y aplicación. Dicho informe aparece pormenorizadamente regulado en el artículo 117 Ley de Costas, que distingue dos fases:

a) informe «inicial», comprensivo de sugerencias y observaciones y que se emite antes de la aprobación inicial del Plan ;

b) informe «definitivo», preceptivo y vinculante, emitido por la Administración estatal una vez concluida la tramitación del plan e inmediatamente antes de la aprobación definitiva.

En caso de que el informe no sea favorable, el párrafo 2º *in fine* del artículo 117 dispone un período de consultas a fin de llegar a un acuerdo. Si como resultado del mismo se modificase sustancialmente el contenido del plan, deberá someterse nuevamente a información pública y audiencia de los Organismos que hubieran intervenido preceptivamente en la elaboración.

A juicio del TC, la fuerza vinculante del informe previsto en el artículo 112.a) resulta debilitada por lo dispuesto en este artículo 117:

«En él, en efecto, y en contra de lo que las Comunidades Autónomas recurrentes parecen suponer, *no se subordina la aprobación de los correspondientes instrumentos de ordenación* (o de su revisión o modificación) siempre y en todo caso a la concurrencia de ambas voluntades, sino sólo en aquellos supuestos en los que el informe desfavorable de la Administración estatal verse sobre materias de su competencia, es decir, sobre un ámbito limitado en la forma que ya hemos expuesto al analizar el art. 112. a). Sólo en esos casos será indispensable abrir el período de consultas para llegar al acuerdo. Cuando así no sea, es decir, *cuando el informe negativo verse sobre materias que a juicio de la Comunidad Autónoma excedan de la competencia estatal, la búsqueda del acuerdo no es jurídicamente indispensable y, en consecuencia, podrá la Administración competente para la ordenación territorial y urbanística adoptar la decisión que proceda*, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad que a la Administración estatal se ofrece siempre de atacar esa decisión por razones de constitucionalidad o de legalidad» (STC 149/ 1991, FJ. 7.D.a)³³.

El razonamiento es acertado: nuevamente la intervención estatal se limita a su esfera de titular del dominio público marítimo-terrestre y, por tanto, al ámbito de la protección del demanio. Las palabras del TC respecto al artículo 112 LC no tienen desperdicio:

«El artículo 112 que atribuye a la Administración estatal la facultad de emitir un informe preceptivo y vinculante sobre los planes y proyectos de las Comunidades Autónomas, ha sido impugnado por la obvia razón de que tal informe mediatiza el ejercicio por éstas de sus competencias propias

³³ La cursiva es de la autora.

sobre la ordenación del territorio, vertidos, puertos y vías de transporte y acuicultura.

Que la mediatización se produce es, desde luego, cosa innegable. También lo es, no obstante, que la emisión del informe se prevé para planes y proyectos cuya puesta en práctica requiere decisiones de la Administración del Estado (adscripciones, concesiones y autorizaciones en el caso de los apartados b, c y d, aunque no necesariamente en el caso a) que ésta no puede ser forzada a adoptar cuando entienda contrarias a las disposiciones legales relativas a la protección, preservación y uso público del demanio. *La existencia de un informe previo, y preceptivo, en tales casos, es así un medio razonable para asegurar que la realización de los planes y proyectos no encuentre al final un obstáculo insalvable. Cosa distinta es, naturalmente, el carácter vinculante que a tales informes preceptivos se otorga y que, como más tarde veremos, se encuentra considerablemente atenuado, en lo que respecta a los planes y normas de ordenación territorial o urbana, por lo dispuesto en el art. 117 de la propia Ley, pues la fuerza que así adquieren esos informes convierte de hecho la aprobación final del plan o proyecto en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas y esa concurrencia necesaria sólo es constitucionalmente admisible cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia ...*

En el [caso] contemplado en el párrafo a), la competencia ejercida, mediata o inmediatamente, por las Comunidades Autónomas que han de aprobar los planes o normas de ordenación territorial es la que, con carácter exclusivo, le conceden los respectivos Estatutos sobre la materia, en tanto que *la competencia estatal* (más precisamente facultad inherente en la titularidad estatal) es la que *tiene por objeto la protección física del demanio y la garantía de su utilización* y no es sólo a estas tareas a las que el precepto se refiere al mencionar todas las disposiciones de la Ley y de las normas dictadas para su desarrollo y aplicación ... es obvio que entre las disposiciones de la Ley se encuentran, por ejemplo, las que prohíben determinadas actuaciones en la zona de protección o las limitan en la zona de influencia, que hemos considerado legítimas como normas de protección del medio ambiente costero, cuya ejecución corresponde, por esta razón, a las Comunidades Autónomas.

Cuando entienda que los planes o normas de ordenación territorial infringen tales normas, la Administración estatal podrá sin duda objetarlas, pero su objeción no resulta vinculante, pues no es a la Administración estatal, sino a los Tribunales de Justicia a quien corresponde el control de legalidad de las Administraciones autónomas y a estos deberá recurrir aquella para asegurar el respeto de la Ley cuando no es la competente para ejecutarla. Cuando, por el contrario, el informe de la Administración estatal proponga objeciones basadas en el ejercicio de facultades propias, incluida la de otorgar títulos para la ocupación o utilización del demanio o preservar las servidumbres de tránsito o acceso ... su voluntad vinculará sin duda a la Administración autonómica, que habrá de modificar en concordancia los planes o normas de ordenación territorial o urbanística» (FJ. 7.A.c STC 149/1991)³⁴.

³⁴ La cursiva es de la autora.

Es decir, parece claro que la competencia estatal tiene por objeto la protección física del demanio y la garantía de su utilización y sólo cuando el informe preceptivamente solicitado verse sobre objeciones basadas en el ejercicio de facultades de esa índole la Administración autonómica quedará vinculada y habrá de modificar los planes o normas de ordenación territorial o urbanística.

El TC ha hecho una interpretación de estos preceptos a mi juicio intachable, y que debe servir como pauta de interpretación de todos los conflictos derivados de la aplicación de la normativa costera.

Integrando las palabras del TC vertidas a propósito del artículo 112 LC y las vertidas a propósito del artículo 117, la solución es de claridad meridiana: sólo será indispensable abrir el período de consultas para llegar a un acuerdo en aquellos supuestos en los que el informe desfavorable de la Administración estatal verse sobre materias relativas a la protección, preservación y uso público del demanio. Cuando el informe negativo verse sobre materias que a juicio de la Comunidad Autónoma excedan de la competencia estatal, «la búsqueda del acuerdo no es jurídicamente indispensable y, en consecuencia, podrá la Administración competente para la ordenación territorial y urbanística adoptar la decisión que proceda, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad que a la Administración estatal se ofrece siempre de atacar esa decisión por razones de constitucionalidad o de legalidad» (FJ. 7.D.a STC 149/1991).

4. El antes y el después de la Ley de Costas

En la actualidad, la Ley de Costas es interpretada con naturalidad, unas veces, con resignación, otras, por los aplicadores estatales, autonómicos y locales. A pesar de los años transcurridos, sin embargo, todavía hay ciertas cuestiones turbias o conflictivas, que siguen favoreciendo la interpretación judicial del grupo normativo integrado por la Ley de Costas y sus disposiciones de desarrollo, sobre todo en el seno del ordenamiento urbanístico y particularmente cuando el factor tiempo pone en funcionamiento las extensas y complejas disposiciones transitorias de la Ley de Costas.

Por ilustrar estas afirmaciones con ejemplos, es cuestión discutible y problemática la relativa a la determinación de la línea de servidumbre de protección (100, 200 o 20 metros) en función de las características del suelo en el momento de entrada en vigor de la Ley.

La Disposición Transitoria Tercera.³ de la Ley de Costas y la Novena.2 del Reglamento establecen varias reglas, no siempre deducibles o derivables de una mera lectura de ambos preceptos: si el suelo estaba clasificado como «suelo urbano» en el momento de entrar en vigor la Ley de

Costas, la extensión de la servidumbre de protección será de 20 metros. A lo que hay que añadir algo más: la posibilidad de que a la entrada en vigor de la Ley de Costas el suelo fuese «efectivamente» urbano, pese a no haber sido clasificado como tal. Es la fuerza normativa de lo fáctico aplicada en este caso a un suelo que, de modo unánime, se afirma como «urbano» cuando reúne ciertas condiciones o dispone de ciertos servicios, sin necesidad de una declaración formal en ese sentido. De ahí que la Ley de Costas haya equiparado el suelo urbano declarado con otras situaciones de efectos idénticos si se constata su existencia a la entrada en vigor de la Ley.

Los problemas no tardan en surgir a la vista de una exigencia impuesta por la norma para que las características anteriores hagan aplicable la reducción a 20 metros de la servidumbre de 100 metros: que «la Administración urbanística correspondiente les hubiera reconocido expresamente tal carácter». ¿Qué significa esta exigencia, o cuál es su alcance?; ¿a qué momento debe referirse tal declaración? ¿debe estar reconocido tal carácter en el momento de entrar en vigor la Ley o basta un reconocimiento posterior referido a aquél momento?. Esta última ha sido la interpretación de cierta jurisprudencia, proclive a la flexibilidad del reconocimiento en cuanto al momento en que se produce siempre que claramente vaya referido al tiempo coetáneo a la entrada en vigor de la Ley.


Por otra parte, las fórmulas del reconocimiento deben ser interpretadas también en el sentido más amplio posible: podrá reconocerse el carácter de suelo urbano a través de cualquiera de los instrumentos o técnicas urbanísticas que presupongan tal carácter (el otorgamiento de una licencia municipal de edificación anterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas, por ejemplo).

Cuestión distinta pero igualmente problemática es la relativa a la Administración competente para fijar la anchura de la servidumbre de protección. Razonablemente, debe ser la Administración urbanística, atendiendo a las circunstancias anteriores, sin perjuicio de la ulterior impugnación que del correspondiente instrumento urbanístico pudiera hacer la Administración estatal si, habiendo informado desfavorablemente tal delimitación, pretende una extensión mayor de la servidumbre por entender que no concurren las circunstancias de la Disposición transitoria Tercera de la Ley de Costas. En cualquier caso, consideramos que la carga de la prueba corresponde a la Administración del Estado y no a la inversa, como pudiera deducirse de cierta tendencia a presumir la legalidad de las decisiones estatales dejando bajo sospecha de ilegalidad las restantes.

No es aplicable, por tanto, a este caso que comentamos la exigencia de un acuerdo entre las tres Administraciones implicadas (Estado, Co-

munidad Autónoma y Ayuntamiento) que impone el artículo 23.2 de la Ley de Costas exclusivamente para el supuesto de extensión de la servidumbre hasta un máximo de 200 metros.

Podríamos seguir encontrando problemas de aplicación de la Ley de Costas sin abandonar el ejemplo paradigmático de la servidumbre de protección. Por ejemplo, y ya para terminar, la Ley dispone que en la franja de 20 metros de servidumbre de protección se respetarán los usos y construcciones existentes y las autorizaciones ya otorgadas anteriormente, en las condiciones establecidas en la Disposición transitoria Cuarta de la Ley. Pero no se restringe a esto, sino que va mucho más allá, la posibilidad de aprovechamiento de esta franja del terreno sobre la que, a priori, se tiene la conciencia de que no se puede hacer nada «nuevo». Así, la propia normativa transitoria dispone que se podrán autorizar nuevos usos y construcciones, siempre que se garantice la efectividad de la servidumbre y que no perjudique al dominio público marítimo-terrestre, indicándose, además, como técnica especial, la del Estudio de Detalle u otros instrumentos urbanísticos que deberán respetar las disposiciones de la Ley y del Reglamento. Téngase en cuenta que se trata de instrumentos que son aprobados unilateralmente por la Administración urbanística y que por su contenido no son intervenidos por la Administración costera, que ya se habrá pronunciado, en su caso, respecto del Plan al que el Estudio de Detalle se refiere. Eso sí, deberán respetarse los mínimos que establece la Ley de Costas, que, una vez más, se excede de su carácter protector-ambiental introduciendo criterios típicamente urbanísticos pero que han sido confirmados por el TC (FJ. 8.D de la STC 149/1991): tratamiento homogéneo del conjunto de la fachada marítima; mantenimiento de alineaciones en las edificaciones; longitud máxima de solares susceptibles de ser edificables en proporción a una cuarta parte de la longitud total de la fachada existente, existencia de medianerías de edificación consolidada a uno o ambos lados... (Disposición transitoria Novena.2 del Reglamento).

En fin, los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley de Costas no han restado un ápice de actualidad a la problemática comentada en las líneas precedentes. Ni el articulado ni la profusa regulación transitoria permiten zanjar polémicas o agotar cuestiones, aunque resulte inevitable poner ya el punto final, con el deseo de que las propuestas aquí referidas hayan servido para dar un poco de claridad a un tema que, por más que se ilumine, no dejará de ser oscuro. 



COMENTARIOS

NOTAS E

OBJETIVOS, PRINCIPIOS Y PROSPECTIVA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

José Bermejo Vera

Catedrático de Derecho Administrativo

1. El contenido del sistema de contratación pública

Las Instituciones de la Comunidad Europea se han ocupado, con especial atención del «sistema de contratación pública». Digamos, de entrada, que este sistema pretende abarcar un conjunto de fórmulas o técnicas de negociación contractual que se producen normalmente entre las Administraciones públicas –entendidas más en el sentido de Poderes públicos– y los particulares, empresas o personas físicas, con objeto de realizar obras y servicios públicos, suministros, consultoría o asistencia y otros servicios. Consciente, en efecto, de su importancia en orden a la consecución de un mercado interior, la Comisión Europea ha elaborado abundantes documentos, prácticamente, desde la constitución en 1957 de las Comunidades Europeas. Ya en el año 1971 se creó un Comité Consultivo para los Contratos Públicos (Decisión 71/306/CEE, de 26 de julio de 1971), pero, sobre todo, ha llevado a cabo una continua labor de uniformización (o, por decirlo mejor, de armonización) a través de diversas normas que han constituido un marco jurídico para los muy diversos tipos de contratos públicos. El objetivo predominante era, sin duda, lograr un auténtico mercado común, pero, sin haberlo conseguido del todo, al menos ha servido para familiarizar a los Estados de la Unión

Europea con el ya denominado «Derecho comunitario de la contratación pública».

El papel del Derecho comunitario en general, y muy en especial, en este ámbito, siempre se observa como un instrumento necesario de cara a la satisfacción efectiva de los objetivos consagrados en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), cuyos principales valores son el afianzamiento de las reglas de la competencia y la lucha contra el falseamiento de la libre concurrencia, a través de la transparencia y publicidad, y, sobre todo, del respeto a las «reglas del mercado» cuando las Administraciones públicas (reiteramos que en el sentido más amplio de Poderes públicos) actúan como agentes económicos en un extenso mercado.

2. La extensión del concepto de Administración pública o «Poder adjudicador»

Comencemos, pues, por precisar que el concepto de Administración pública debe contemplarse en sentido amplio, a fin de asegurar los fines perseguidos por esa normativa que trata de garantizar en plenitud la apertura al mercado del sistema de contratación pública. Se suele hablar, por ello, de «Poderes adjudicadores», de modo que la sujeción al sistema se extienda a *cualquier estructura u organización realmente pública*, lo cual no es difícil de identificar. Teniendo en cuenta que el elemento teleológico o «de resultado» está siempre presente en la fórmula de las Directivas comunitarias, ha resultado imprescindible llevar a cabo una interpretación que garantice la consecución de los objetivos perseguidos, evitando que mediante subterfugios se eluda el cumplimiento de las Directivas sobre contratación pública (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE–, de 16 de junio de 1987, 12 de julio de 1990, 24 de abril de 1991, 10 de noviembre de 1998 o 3 de octubre de 2000, entre otras muchas). El objetivo final es que el TCE y, por tanto, los principios del mercado único y de no discriminación se cumplan realmente, evitando cualquier tipo de maniobra elusiva por parte de los Estados miembros, en particular, las que se refieren a decisiones legales o reglamentarias de «reorganización» de las estructuras administrativas típicas para formar nuevas Entidades descentralizadas a imagen y semejanza de los Entes privados¹. Incluso en sectores que han estado tradicionalmente cerrados a las reglas de la competencia, como

¹ Sobre esta jurisprudencia y el sentido amplio que debe darse al concepto de «poder público» en Derecho comunitario, puede verse, por todas, la obra de José M^a GIMENO FELIU: *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995, pp. 120-136.

son los del agua, el transporte, la energía y las telecomunicaciones, los métodos y fórmulas de contratación se encuentran ya afectados por la acción comunitaria de carácter homogeneizador, siendo factor decisivo en este proceso la internacionalización (y, por supuesto, «comunitarización») de la actividad económica. Ello supone concretar una abstracta sumisión de los Poderes públicos al Derecho, en el ámbito específico de los instrumentos jurídicos comunes y adecuados con objeto de dar una respuesta satisfactoria a la problemática que se plantea en este nuevo contexto².

El auténtico fundamento de esta homogeneización –incluso, en ciertos casos, «uniformización»– normativa reposa en una circunstancia absolutamente aceptable y comprensible, pues el funcionamiento de un proceso económico de «libre mercado» reclama una cierta «uniformidad» del marco jurídico de ordenación de la actividad de sus agentes económicos. Ese principio básico de igualdad en un libre mercado exige, cuando se proyecta geográficamente sobre un territorio de distintos Estados soberanos, el efectivo aseguramiento de una igualdad sustancial de la posición jurídica de los «agentes del mercado», es decir, del amparo equitativo de las reglas ordenadoras por las que se rige su actuación económica.

La Unión Europea se ha visto, pues, compelida a intervenir normativamente en la ordenación de los diferentes sectores económicos. Y, en este contexto, la desigualdad de trato de los licitadores en la contratación de carácter público suponía un obstáculo para la construcción de un auténtico mercado interior europeo, en la medida en que el tratamiento desigual de supuestos iguales impide la aplicación efectiva de las condiciones equitativas en el mercado³. Se trata, pues, no sólo de armonizar las diferentes legislaciones de los Estados miembros, sino, mucho más, de proceder a una uniformización de los distintos Ordenamientos nacionales. En definitiva, constatada la importancia que tiene para la consecución de un efectivo mercado común, universalizar e igualar las posibilidades de los agentes económicos en relación con el sector público en el ámbito de la contratación pública constituye una auténtica piedra de toque⁴. Tanto es así que ha causado en España una auténtica conmoción la decisión judicial dictada en el «Asunto Proyecto Scala

² Al respecto, y con carácter general, J. SCHWARZE: *Tendencias towards a Common Administrative Law in Europe*, *European Law Review*, II, 1991.

³ Véanse las consideraciones de José M^a GIMENO FELIU: *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.

⁴ R. STÖBER: *Derecho Administrativo Económico*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1992. Más concretamente, en el tema, véase F. LAURIA: *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Utet, Torino, 1991.

2001», porque el TJCE ha considerado contraria a Directivas de la UE sobre contratación pública (en concreto, la Directiva 93/37CEE, sobre contratos públicos de obras) la adjudicación por el Ayuntamiento de Milán de ciertas obras de urbanización a una serie de Entidades. Ciertó es que no se hallaba aquí en juego directamente el concepto de «poder adjudicador», sino la naturaleza jurídica del convenio o contrato adjudicado, pero el resultado de la cuestión prejudicial planteada no deja lugar a dudas sobre la fuerza expansiva del Derecho comunitario de la contratación pública.⁵

3. Objetivos y ventajas económicas y jurídicas de la regulación comunitaria de los contratos públicos

Pero no es sólo cuestión de igualdad posicional objetiva de los agentes económicos en el mercado. Hay también un evidente componente «economicista» que reveló, magníficamente, el conocido «Informe Cecchini». Según este trabajo de una comisión de expertos presidida por P. Cecchini, los ahorros potenciales en el gasto público, eliminando todo tipo de «métodos proteccionistas» –es decir, reglas estatales de favor hacia los contratistas nacionales–, superarían la cifra (referida al año 1986) de muchos «billones» de Ecus⁶. El «coste de la no Europa», como se identificaba gráficamente el mantenimiento de esta situación, era, sin duda, muy alto⁷.

Sobre la base de aquel Informe, la Comisión Europea consideró que la apertura al mercado de la contratación pública tenía, entre otras, las siguientes ventajas:

a) los proveedores y empresarios tienen mayores oportunidades para ejercer y desarrollar sus actividades, no sólo a escala comunitaria, sino también nacional. Esa expansión de oportunidades hace posible una reducción de sus costes, a través de los efectos del rendimiento de economías de escala;

b) los «Poderes adjudicadores» –de nuevo recordamos que sin restricciones artificiales o maniobras elusivas– y los usuarios tienen mayo-

⁵ Sentencia de 12 de Julio de 2001. Esta sentencia ha sido objeto de severísimos comentarios críticos, como el de T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, en la revista *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 23 de octubre de 2001. (Véase, más adelante, nota 13)

⁶ P. CECCHINI: *The european challenge. The Benefits of a Single Market*, W.H. Aldershot, 1988.

⁷ Véase una explicación excelente en M. CATELA: *European Integration and Public Works Contracts Regulation*, Tesis de Doctorado, Instituto Europeo de Florencia, 1995, sobre todo en págs. 239 y siguientes.

res posibilidades de elección, tanto de bienes como de servicios. Ello permite ahorros importantes en los presupuestos públicos de los Estados miembros y propicia una mayor satisfacción de los intereses de usuarios y consumidores;

c) en general, las estructuras comerciales e industriales de la Comunidad Europea beneficiadas, gracias al aumento de la eficacia por el «efecto competencia»⁸.

La importancia económica de los bienes y servicios destinados al sector público y paraestatal y, por consiguiente, el impacto que puede ejercer una homogeneización de la contratación pública en Europa a la hora de adjudicar los contratos sobre bienes y servicios se pone de relieve, en primer término, porque tales bienes y servicios representan una parte nada desdeñable y siempre creciente del consumo global de la Comunidad; en segundo lugar, al constatar que alguno de los sectores de producción afectados ocupan una posición estratégica de primer orden para potenciar una política industrial y tecnológica íntegramente comunitaria⁹; en tercer lugar, y como se puso de relieve hace tiempo, la libre competencia aplicada a la contratación de suministros por las Administraciones Públicas y demás «Poderes adjudicadores» de carácter público tiene necesariamente un ingrediente antiinflacionista¹⁰; finalmente, la ruptura del proteccionismo en el sector de los contratos públicos, además del ingrediente antiinflacionista, conllevaría un aumento espectacular de potenciales clientes y consumidores de naturaleza pública, favoreciendo así la creación y fortalecimiento de las «economías de escala»¹¹.

⁸ Ya en 1984, un estudio específico –«Informe Atkins»– había concretado el triple efecto beneficioso que tendría la unificación y aplicación de la normativa relativa a la contratación pública: un «efecto estático», consistente en la reducción del gasto público (uno de los principales objetivos económicos al que se refiere concretamente el art. 104 del TCE); un «efecto competitivo», básicamente derivado de la reducción de los precios, que, obviamente, contribuye a la satisfacción de otro de los fines principales del TCE, esto es, la lucha contra la inflación (art. 109. E.1 TCE); y un «efecto de reestructuración», derivado de la aplicación de los principios de las «economías de escala».

El cuadro resumen del estudio Atkins sobre los efectos económicos de la apertura de la contratación pública puede verse en J. A. MORENO MOLINA: *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, especialmente, págs. 55-56.

⁹ A. MATTERA: *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Júpiter, París, 1989 (hay edición española en Ed. Cívitas, Madrid, 1991).

¹⁰ R. DRAGO: *Les incidences communautaires sur le droit des marchés publics et des marchés des entreprises publiques*, en el Vol. colectivo dirigido por J. Ridau, *La France et les Communautés Européennes*, LGDJ, París, 1975.

¹¹ Ojeda MARIN: *La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública*, Revista de Administración Pública núm. 116 (1988).

4. El proceso de elaboración y homogeneización del marco jurídico de la contratación pública en la Unión Europea: dificultades de aplicación y técnicas de reforzamiento de su eficacia

Pues bien, partiendo de esas bases, la Comunidad Europea emprendió una acción de gran calado para reformar por completo el marco normativo de la contratación pública, con el propósito y finalidad de conseguir una efectiva liberalización en el sector. A través de varias disposiciones se ha pretendido sustituir el «marco jurídico» precedente¹², toda vez que su aplicación concreta constituyó un rotundo fracaso, fundamentalmente a causa de la «evasión» de los Estados respecto de la normativa, es decir, la inaplicación práctica¹³. Entre las «corruptelas jurídicas» determinantes de esa situación se encuentran la utilización de determinados criterios de selección de contratistas que favorecían a ciertos licitadores, a través de, por ejemplo, la incorrecta utilización de los procedimientos de adjudicación (concurso y subasta), la «descentralización» de los contratos, una utilización abusiva de las excepciones en los procedimientos ordinarios de contratación, los «errores» en la transposición al Derecho interno de las Directivas, la aplicación de normativas nacionales sobre «prescripciones técnicas» de los contratos, claramente restrictivas para las empresas no nacionales, las «debilidades» de las propias Directivas comunitarias y, *last, but not least*, la ausencia de dinamismo político de los Estados miembros en la transposición de las Directivas e impulso de la adaptación de los Ordenamientos nacionales.

Es perfectamente sabido, en efecto, que no podía ni debía existir una libre disponibilidad en la elección de los procedimientos de adjudicación, ya que cada uno de ellos cumple una función que no deja margen de elección al Ente público contratante o «Poder adjudicador», pues para cada supuesto de contratación uno u otro será el correcto, pero nunca los dos. Sin embargo, el problema se agudizó con la excesiva prolifera-

¹² Especialmente, Directivas 71/304/CEE, 71/305/CEE, y 72/277/CEE, y Decisión 71/306/CEE, relativas al contrato de obras; Directiva 77/ 62/CEE, en cuanto a los contratos de suministro).

¹³ Todavía en 2001 se sigue constatando esta inaplicación, por defectuosa transposición de las Directivas. Véase, al respecto, el Comunicado de prensa de la Comisión Europea IP01/299, de 2 de marzo de 2001, según el cual la Comisión decidió recurrir ante el Tribunal de Justicia contra el Reino Unido y enviar peticiones formales (en forma de dictamen motivado –segunda etapa de los procedimientos de infracción, según el art. 226 del TCE–) a España, Alemania, Bélgica e Irlanda. El dictamen contra España obedece a la inadecuada transposición de las Directivas de obras y suministros, en lo que concierne a la definición de Entidades de derecho público («poderes adjudicadores»), a pesar de las modificaciones de la Ley 53/99 introducidas en la LCAP de 1995.

ción del procedimiento de «concurso» que, si aparentemente, satisface los objetivos de concurrencia competitiva, al abusar injustificadamente de esta fórmula, se producían mayores costes en las contrataciones. Por otra parte, el desplazamiento de los Centros (es decir, «Poderes») de adjudicación hacia órganos territorial o funcionalmente descentralizados, hacía difícil el control eficaz del cumplimiento de la normativa comunitaria. En cuanto a los «errores» de transposición de Directivas, en realidad se trataba de conductas deliberadamente omisivas, como lo demuestra la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la U.E (TJCE), en adelante) pronunciada contra Estados miembros¹⁴. La excesiva proliferación de «prescripciones técnicas nacionales» ha sido posible por la ausencia de normativa comunitaria en materia de normalización y estandarización. Por último, las insuficiencias de las Directivas obedecen a la difícil articulación de sus textos, así como la inexistencia o debilidad de las obligaciones impuestas para favorecer la transparencia o de auténticos y efectivos mecanismos de control y de sanción por incumplimiento de aquellas Directivas.

Como se ha dicho, tal situación, reiteradamente denunciada por las autoridades comunitarias, obligaba a una reforma en profundidad. Por ello, la Comisión de la UE se fijó como objetivo esa vigorosa reforma, por medio de la adopción de varias acciones legislativas, de implantación gradual, reforzando los mecanismos de control sobre el grado de cumplimiento de la normativa comunitaria, para evitar «fugas» injustificadas, y extendiendo el ámbito de aplicación a los contratos de «servicios», así como a los denominados «sectores excluidos o especiales» (transporte, agua, energía y telecomunicaciones)¹⁵. El resultado de esta acción se plasmó en las Directivas «clásicas»¹⁶.

¹⁴ Una lista de Asuntos en M. Catela: *Op. cit.*, Anexo.

¹⁵ OJEDA MARÍN: *Hacia un sistema de contratación pública acorde con el mercado interior*, Revista Instituciones Europeas, vol. 15, núm. 3, 1988.

¹⁶ Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo, sobre contratos públicos de suministro; Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra; Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras; Directiva 90/531 y 92/13 en los «sectores excluidos o especiales»; Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra; y Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores excluidos – hoy «especiales» – del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

El nuevo marco normativo propició, fundamentalmente, una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad a los procedimientos de adjudicación¹⁷, la ampliación del campo de actuación de empresarios y proveedores que concurren a la obtención de contratos con las Administraciones o Poderes públicos¹⁸, y, en definitiva, la mejor satisfacción de los intereses de los ciudadanos europeos¹⁹.

Por otro lado, la aplicación uniforme de un régimen de contratación pública no sólo afectó a los Estados miembros de la UE, pues este objetivo se incorporó al Acuerdo sobre Creación de un Espacio Económico Europeo (EEE) que para llevarlo a efecto, partió de los siguientes principios: a) el Acuerdo EEE deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito de la contratación pública; b) se prohíben las «especificaciones técnicas» que tengan efectos discriminatorios respecto a las ofertas de terceros países; c) se impondrán criterios objetivos de selección de las ofertas para la adjudicación de contratos, que garanticen que dicho proceso de selección ha sido realizado de forma abierta; d) se establecerán procedimientos más rápidos de recursos, a disposición de contratistas cuyas ofertas hayan sido rechazadas infringiendo alguna de estas reglas²⁰.

También la firma de los Acuerdos del GATT incorporó esos objetivos, pues mediante el Acuerdo de Marrakech, de 13 de abril de 1994, se extendieron universalmente los principios de una contratación pública basada en la libre competencia sin discriminación por nacionalidades²¹. En el fondo –podría decirse con algunas reservas–, la eficacia del «marco europeo» de la contratación pública ha alcanzado una dimensión mundial.

Un interesante balance del conjunto de las Directivas en M. A. y P. A. FLAMME: *La réglementation communautaire en matière des marchés publics. Le point de vue sur le contentieux*, *Revue du Marché Unique Européenne* núm. 3, 1993.

¹⁷ Véase, al respecto, J. A. SANTIAS VIADA, V. SANTAMARÍA DE PAREDES y C. LÓPEZ BLANCO: *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 1991.

¹⁸ La noción comunitaria de Administración Pública se extiende a cualquier «aparato» o Entidad jurídica dotado de poderes discrecionales en la asunción de sus propias determinaciones, A. MASSERA: *L'amministrazione e l'Atto Unico Europeo*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3 (1991)

¹⁹ Una opinión bastante escéptica, aun reconociendo el avance de esta normativa comunitaria, puede verse en B. LAVERGNE: *La réglementation européenne des marchés publics: facteur de dynamisme ou frein à l'efficacité économique?*, en «Problèmes économiques», núm. 2310 (1993).

²⁰ Los datos básicos, pueden consultarse en Vicente LÓPEZ-IBOR MAYOR: *El Espacio Económico Europeo: breve análisis acerca de sus efectos en el ámbito de la contratación pública*, en *Comunidad Europea*, Año XX, núm. 1, 1993.

²¹ Sobre este punto, J. A. MORENO MOLINA: *Contratos Públicos: derecho nacional y derecho comunitario*; Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 36 y ss., especialmente.

5. Los principios de la regulación comunitaria de las fórmulas de contratación pública

Para resumir, en lo posible, los *principios* en los que se basa la regulación comunitaria de la contratación pública, incluidos los contratos de los «sectores especiales», diremos que existe una relación directa con las libertades fundamentales del TCE. Estos principios presentan las siguientes características generales:

1) Informan la normativa comunitaria y constituyen el instrumento básico de interpretación de la misma.

2) Actúan como factor de integración ante las eventuales lagunas del Ordenamiento jurídico.

3) Atribuyen el fundamental papel a la Comisión Europea –«guardiana de los Tratados»– y al TJCE, auténtico motor, a través de su jurisprudencia, de la aplicación efectiva de los principios y de los preceptos sobre contratación pública²².

Los principios básicos y característicos del sistema de contratación pública y de contratación en los «sectores» (–antes «excluidos»–, agua, transporte, energía y telecomunicaciones) son los siguientes:

A) Respeto a las libertades comunitarias y consecución del objetivo de un mercado interior único.

El cumplimiento real de las grandes libertades comunitarias, exige la apertura de la concurrencia, hasta el punto de que resultan contrarias a éstas las «prescripciones o especificaciones técnicas» que posean un efecto discriminatorio. Si bien los Estados miembros tienen la libertad de dictar *ex novo* –o conservar– Derecho sustantivo o procedimental sobre contratos públicos, ha de ser sobre la base del escrupuloso respeto de la normativa comunitaria (STJCE, entre otras, de 9 de julio de 1987).

B) Aplicación de criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos que garanticen y aseguren con efectividad la concurrencia.

Se trata de prevenir la corrupción –tan generalizada en la actualidad– en este sector. Por ello, el éxito o fracaso del Derecho de la contratación pública se medirá por la efectiva apertura a la concurrencia competitiva. La aplicación concreta de la normativa comunitaria se debe realizar de acuerdo con criterios de neutralidad e igualdad que garanticen la no discriminación, no sólo en función de nacionalidad, sino en las facultades

²² Véase N. MICHEL: *La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence*, en *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, 1994.

concretas de negociación. Este principio encuentra su fundamento en el Tratado CE (art. 12) y ha sido configurado y garantizado de forma muy satisfactoria por el TJCE. Por cierto que la jurisprudencia del TJCE ha extendido el ámbito de aplicación de este fundamental principio a los supuestos de la llamada «discriminación disimulada»²³. Este principio garantiza en la aplicación de la normativa comunitaria la asimilación del nacional al –permítaseme la expresión– «nacional comunitario». Por ello, en el concreto campo de la contratación pública y regulada –que es, en sustancia, una concreción de la «libertad fundamental de circulación» prevista en el TCE– el acceso de los posibles licitadores en condiciones reales de igualdad debe estar plenamente garantizado, eliminando para ello las restrictivas prácticas de protección descarada a las empresas nacionales. La aplicación de este principio de no discriminación significa la proscripción de cualesquiera disposiciones estatales o nacionales excluyentes, es decir, las condiciones o cláusulas que impidan la participación de empresas (*reglas de exclusión*), las reglas para admitir a concurso a los solicitantes (*reglas de selección*) o los criterios de atribución de los contratos (*reglas de adjudicación*). Tampoco es jurídicamente posible imponer requisitos que, directa o indirectamente, supongan estímulos directos o indirectos a las empresas «nacionales» –públicas o privadas– del Estado miembro²⁴.

Por otra parte, en el reconocimiento de la «capacidad» de los contratistas (solventia técnica, económica o profesional, etc.), prevalecen incondicionalmente las normas comunitarias, no pudiendo exigirse requisitos o medios de acreditación distintos²⁵ a los autorizados por la normativa comunitaria. Para desarrollar este importantísimo principio se llegaron a modificar los procedimientos ordinarios de adjudicación –existe un procedimiento de urgencia– que, desde entonces, se clasifican como *abiertos* (en los que todo empresario interesado puede presentar una proposición), *restringidos* (únicamente pueden presentar propuestas

²³ Se trata de todos los casos en que no se evidencia la aplicación discriminatoria en las reglas, pero sí en la ejecución concreta o singular de las mismas. (Entre otras, Sentencias del TJCE, de 10 de marzo de 1987, 26 de abril de 1988, 5 de diciembre de 1989).

²⁴ Sentencias del TJCE, entre otras, de 20 y 22 de septiembre de 1988 y 5 de diciembre de 1989, 26 de abril de 1994 y 26 de septiembre de 2000.

²⁵ Sentencia del TJCE, entre otras muchas, de 10 de febrero de 1982. El Tribunal, en este clásico asunto, dió la razón al demandante, considerando que la Directiva 71/305, del Consejo, debía ser interpretada en el sentido de que se oponía a que un Estado miembro exigiera de un licitador establecido en otro Estado miembro satisfacer los requisitos enunciados en los artículos 23 y 26 de esta Directiva, relativos a su honorabilidad y cualificación profesional, por otros medios –tales como una autorización de establecimiento– distintos de los enunciados por estas disposiciones.

los empresarios invitados o seleccionados por el «poder adjudicador») o *negociados* (que tiene carácter ordinario y consiste en la adjudicación al empresario libre pero justificadamente elegido por el poder adjudicador, previa negociación de las condiciones y precio del contrato.

C) *Garantía de «transparencia» en los procedimientos de adjudicación.*

Este principio pretende evitar el «secretismo» en la contratación que podría encubrir un trato de favor a las empresas «nacionales» de los Estados miembros y trata de asegurar la competencia efectiva en el mercado entre los distintos agentes económicos comunitarios.

La transparencia es, en efecto, una de las principales terapias o medidas preventivas contra la corrupción y, en la contratación pública, se convierte en ineludible para los procedimientos de selección y adjudicación de los contratos públicos. Este principio se desarrolla, fundamentalmente, en la práctica a través de una adecuada *publicidad* en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) de las distintas ofertas de contratos públicos. Tal fórmula de publicidad constituye una magnífica ayuda para el «juego limpio» en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales, tanto como mecanismo de fiscalización de la Administración, como en su faceta de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Además, la publicidad²⁶, no se limita exclusivamente al anuncio de la operación contractual, sino que se extiende al conjunto de las operaciones de adjudicación.

La publicidad ofrece distintas vertientes:

a) por un lado, se crea un procedimiento de información previa que obliga a que los «poderes adjudicadores» publiquen anualmente la lista de sus previsiones de ofertas de contratos;

b) por otro lado, deberán obligatoriamente publicarse en el DOCE los anuncios de licitaciones de contratos de obra y suministro que superen los umbrales de aplicación de las Directivas;

c) por último, también deberán ser publicadas las decisiones finales de adjudicación de los contratos.

La omisión de la publicación en el DOCE, salvo en casos excepcionales suficientemente demostrados, supone el incumplimiento de este deber de transparencia y, por tanto, de las obligaciones exigidas por el Derecho comunitario²⁷. En cualquier caso, también ha de advertirse que el

²⁶ JOSÉ BERMEJO VERA, *La publicidad en el procedimiento de contratación*, en Noticias CEE núm. 21, 1986.

²⁷ Sentencias, entre otras, del TJCE de 10 de marzo de 1987 y 20 de septiembre de 1988.

requisito de publicidad, al margen de la expresas excepciones previstas en la normativa, no puede verse «relajado» por interpretaciones flexibles de las normas comunitarias o de las normas estatales. Las únicas excepciones aceptables, como recuerda la STJCE de 17 de noviembre de 1993, serán las contenidas taxativa y expresamente en la normativa reguladora de la contratación pública, debiendo éstas ser siempre interpretadas restrictivamente²⁸.

Finalmente, la transparencia se garantiza a través del deber de justificar o motivar a todo contratista-licitador que lo solicite el rechazo de su candidatura o de su oferta. Asimismo, es preciso redactar, para cada contrato, un acta que podrá ponerse a disposición de la Comisión, así como publicar el resultado de cada contrato adjudicado y actualizar las normas en el ámbito técnico, a fin de tener en cuenta la evolución de la política de normalización a escala europea e internacional²⁹.

6. El significado y los motivos de las reformas proyectadas: La propuesta de una Directiva «única» para los contratos de obras, suministros y de servicios

En el proceso de verificación o constatación de la operatividad de sus disposiciones, la Comisión Europea publicó un amplio Informe conocido como Libro Verde sobre la contratación pública en la UE³⁰, conteniendo alegaciones, sugerencias y respuestas a los problemas planteados. Todavía en el mes de marzo de 2001 la Comisión anunciaba el planteamiento de varios recursos al TJCE contra el Reino Unido, Alemania, Bélgica, Irlanda y España, por inaplicación correcta de las Directivas sobre contratos públicos³¹. A raíz del debate sobre el Libro Verde titulado «La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro», la Comisión europea, en su papel bien conocido de «guardiana de los Tra-

²⁸ Sentencia del STJCE, de 3 de mayo de 1994, en la que se condenó al Reino de España por prácticas de contratación directa de productos farmacéuticos a la Seguridad Social, con la consiguiente omisión de publicidad en el DOCE.

²⁹ Véase, por todos, la obra citada de J. A. SANTIAS VIADA, SANTAMARÍA DE PAREDES y LÓPEZ BLANCO: *El Derecho comunitario de la contratación pública*, especialmente pp. 99-114.

³⁰ «Libro Verde sobre la contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro» (COM-96-, 583 final, 27-11-96). En el mes de marzo de 1998, tras estudiar y debatir un elevado número de respuestas al «Libro Verde», la Comisión hizo pública una «comunicación» (COM-98-143), poniendo ya de relieve la imperiosa necesidad de simplificar el marco jurídico, adaptarlo a las nuevas tecnologías y mejorar específicamente las fórmulas de participación de las pequeñas y medianas empresas.

³¹ Ver nota 13.

tados», detectó ciertas incoherencias entre las Directivas «clásicas» (fundamentalmente las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE). Por supuesto que estas incoherencias carecen de justificación, aunque tengan explicación por la especificidad de cada Directiva, y, por lo tanto, debían ser eliminadas. El propósito, pues, de este nuevo impulso a la acción legislativa de la U.E. en el ámbito de la «contratación pública» es eliminar las contradicciones e incoherencias y dar respuesta y solución a las lagunas normativas del marco jurídico vigente. En este contexto, y tras modificaciones de ajuste de las Directivas en vigor, se ha presentado ante la opinión pública un conjunto documental de extraordinaria envergadura, basado, casi exclusivamente, en la simplificación del marco jurídico existente, la refundición de las Directivas y la introducción de un nuevo instrumento de flexibilidad en la contratación pública.

La Propuesta de Directiva que ahora se presenta en forma de *Texto único en 82 artículos*, para los contratos de obras, suministro y de servicios, (COM-2000-275, final/2) facilitará, al mismo tiempo, la modificación y simplificación de las Directivas «clásicas». Parece que al reducir el número total de preceptos se rebajará sensiblemente el contenido sustancial de las tres Directivas. Sin embargo, no es así, porque esa reducción se explica, fundamentalmente, por las identidades existentes en las disposiciones de las tres Directivas³².

7. El contenido sustantivo de la reforma

Las modificaciones de fondo o sustantivas son las que realmente importan y, desde luego, las que contribuyen a esta pretensión de simplificación, especialmente quizás la relativa a los *umbrales* de los respectivos contratos. Las novedades más destacables son las siguientes:

1) La introducción de los «mecanismos de compra electrónica» y sus consecuencias en cuanto al acortamiento de los plazos de los procedimientos de adjudicación.

2) La introducción de un nuevo tipo de procedimiento negociado, que, en el caso de los contratos especialmente complejos, va a facilitar la aplicación de lo que se denomina el «diálogo competitivo».

³² Por cierto, y como ocurre en España (Ley de Contratos de Administraciones Públicas, 18 de mayo de 1995 –Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000–), fueron varios los Estados miembros que adoptaron el mismo enfoque, transponiendo las Directivas a su Ordenamiento jurídico en un «texto único». Por ello, la fusión de las Directivas no va a generar, por sí sola, nuevas obligaciones de transposición o adaptación a los Ordenamientos de los Estados miembros.

3) La intensificación de la posibilidad de la utilización de la fórmula de «Acuerdos marco».

4) La aclaración y reforzamiento de las disposiciones relativas a las «especificaciones técnicas».

5) El de las disposiciones relativas a los «criterios de adjudicación» y a la «selección de contratistas».

6) La simplificación de los «umbrales» aplicables en los distintos tipos de contratos.

7) La introducción de un «vocabulario común» en el sistema de contratación pública.

Sintetizamos, a continuación, estas novedades normativas.

▲ *Los mecanismos de compra electrónica*

El incremento espectacular de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (las «TIC») ofrece oportunidades prometedoras en lo relativo a la eficacia, la transparencia y la apertura de las compras (contratos) públicas. Por cierto que ya se recogieron expresamente estas ideas como Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, haciendo hincapié en la solicitud al Consejo Europeo, a la Comisión y a los propios Estados miembros, de que «adopten las medidas necesarias para garantizar que a más tardar en 2003 sea posible efectuar las contrataciones públicas comunitarias y nacionales por vía electrónica». En el marco de la legislación actual sobre contratación pública, ya era posible utilizar medios electrónicos, bajo determinadas condiciones, para la presentación de las ofertas. No obstante, *existen procedimientos* para los que *no se menciona* esta posibilidad (por ejemplo, en la transmisión de anuncios) *o no se autoriza* (por ejemplo, en el procedimiento acelerado).

Esta falta de adecuación, sin embargo, de muchas empresas al mundo tecnológico hace temer que pueda excluirse así de los contratos públicos adjudicados electrónicamente a determinadas empresas, debido a su retraso en el terreno informático. Pero, según la Propuesta de Directiva, esta situación está llamada a evolucionar rápidamente en sentido favorable al uso tecnológico. Por otra parte, el empleo de las tecnologías para las comunicaciones y los intercambios de información facilitará el objetivo de igualdad con los «medios» más tradicionales, con el fin de favorecer un incremento de la utilización de los medios electrónicos en el futuro. Se piensa, además, que los sistemas de adjudicación electrónicos deberán permitir un ahorro de tiempo considerable en el desarrollo del procedimiento.

En este contexto, la Comisión ha adoptado la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el

anexo IV de la Directiva 93/96/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE (Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos). El motivo anunciado es que conviene modificar los modelos de anuncios que aparecen en las Directivas, con el fin de contribuir a simplificar la puesta en práctica de las reglas de publicidad adaptándolas al mismo tiempo a los medios electrónicos desarrollados en el marco del Sistema de Información sobre los Contratos Públicos (SIMAP), iniciado por la Comisión en colaboración con los Estados miembros.

El «diálogo competitivo»

Esta es una fórmula que faculta la aproximación del «Poder adjudicador» -el organismo público correspondiente- y los distintos contratistas-aspirantes, garantizando, al mismo tiempo, la publicidad de la convocatoria de licitación y el respeto a la igualdad de trato. Procede, al parecer, del «Sistema Federal de Adquisiciones Norteamericano» (abreviadamente, FAR) que permite, mucho mejor que en las fórmulas de la U.E., adecuar los precios de la contratación al mercado. En efecto, en los instrumentos de adjudicación contractual previstos en las Directivas comunitarias -y, claro está, también en nuestro sistema de la legislación contractual- no se contempla ningún criterio ni metodología para el ajuste de precios, pues se confía la depuración de los precios al juego de la publicidad y de la concurrencia en los procedimientos abiertos y restringidos. Por otro parte, en el procedimiento negociado, no hay previsiones al respecto. Por ello, resulta particularmente interesante la fórmula FAR, a tenor de la cual la fijación de los precios arranca, en todo tipo de contratos, de un análisis de precios o de mercado y, de acuerdo con este análisis, se adjudica el contrato a la mejor oferta si existe competitividad suficiente. Si no la hay, se abre un «proceso de negociación» del contrato a partir de la cuantificación de costes reales y de la razonabilidad de los beneficios calculados.

La Comisión Europea había venido constatando que «en especial en los contratos particularmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo, en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuáles son sus necesidades, pero no saben previamente cuál es la mejor solución técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesario un «diálogo» entre compradores y proveedores, pero los procedimientos previstos por las Directivas «clásicas» (véase nota 16) sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del pro-

cedimiento de adjudicación, por lo que son considerados demasiado rígidos para este tipo de situaciones».

En virtud de abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este tipo de «diálogo competitivo» no está permitido en el marco de los actuales procedimientos abiertos y restringidos. Por otra parte, las disposiciones existentes sobre el recurso al «procedimiento negociado», con previa publicación de los anuncios, están limitadas a situaciones excepcionales y, según jurisprudencia constante del Tribunal, deben interpretarse de forma restrictiva. En suma, el marco jurídico vigente no ofrece realmente la posibilidad del «diálogo competitivo». Es cierto que determinadas contrataciones pueden ser especialmente complejas y que los «Poderes adjudicadores» no se encuentran en situación objetivamente de definir los medios (técnicos, jurídicos o financieros) que podrían satisfacer mejor sus necesidades, y también es posible que los «Poderes adjudicadores» deseen conocer soluciones innovadoras –y permitir las– o que se encuentren en la incapacidad objetiva de evaluar las condiciones futuras del mercado como solución de fondo a sus problemas.

Los «Poderes adjudicadores» disponen de algunos medios para hacer frente a este tipo de situaciones. De acuerdo con las Directivas actualmente aplicables, aquellos pueden llevar a cabo un «diálogo técnico», seguido de un procedimiento de adjudicación «normal», o adjudicar un contrato de servicios, seguido de un contrato de suministro o, incluso, llevar a cabo un «concurso de proyectos», seguido de la adjudicación de un contrato de servicios, de suministro o de obras. Pero estas posibilidades no suelen ser suficientes. En efecto, si se produce un diálogo técnico, la empresa que ayude al «poder adjudicador» a definir las especificaciones mediante un «diálogo técnico», no podrá luego participar en el procedimiento de adjudicación que se apoye en estas especificaciones. Este modo de proceder sería contrario a una competencia limpia y transparente y, por ende, vulneraría los principios y reglas del sistema. La división en más de un contrato (contrato de estudios, o concurso de proyectos) tampoco permite que una misma empresa realice legalmente el proyecto y se encargue de su ejecución. Por todo ello, parece conveniente introducir disposiciones que permitan que se produzca un diálogo en un único procedimiento de adjudicación, que concluirá con la realización del contrato.

La Comisión había estudiado añadir a los actuales procedimientos «abiertos» y «restringidos» un nuevo procedimiento, denominado como «diálogo competitivo», para sustituir al que ahora se identifica como «procedimiento negociado con publicidad». Pero ha considerado más adecuado no introducir un procedimiento totalmente nuevo, sino ampliar a estos casos el *procedimiento negociado con publicación previa*. De esta manera se evita una exagerada reproducción o multiplicación de los procedimientos de contratación.

Teniendo en cuenta los posibles riesgos de que se favorezca a un candidato, sólo pueden protegerse los principios generales de igualdad de trato y de transparencia elaborando un marco apropiado para el desarrollo del «diálogo competitivo» hasta la adjudicación final del contrato público. Se configura este procedimiento del siguiente modo:

a) el poder adjudicador publica un anuncio, en el que se invita a los interesados;

b) también se indican los criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación;

c) a continuación, el Poder adjudicador podrá decidirse por: 1) recibir únicamente los documentos relativos a la situación personal de los candidatos, así como a su capacidad técnica, económica y financiera; y 2) o bien los documentos deberán ir acompañados por un «esbozo de solución»;

d) el «Poder adjudicador» deberá señalar expresamente en el anuncio si se decide por la opción a) o b), con las consecuencias inherentes a ello.

La instauración de procedimientos más flexibles, y en concreto, del procedimiento del diálogo competitivo y los «Acuerdos marco» –véase luego³³– tratan de dar respuesta a las críticas sobre los procedimientos actuales, en el sentido de que son excesivamente rígidos y formalistas y que su observancia provoca, en realidad, disfunciones en la adjudicación de contratos públicos. Muchos de los agentes que participan en la contratación pública de los «sectores excluidos (o especiales)», han confirmado la postura de la Comisión. En esta crítica se destaca que en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo, en el sector de las «altas tecnologías», se conocen las necesidades de los Entes públicos, pero no cuál es la solución técnica más adecuada para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos, resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores.

Atendiendo a su finalidad, en el diálogo competitivo, en cuya preparación y especialización se presenta el diálogo como un importante condicionante previo, parece lógico pensar que uno de los criterios que puede dar lugar a negociaciones cuando se trate de establecer la oferta económicamente más ventajosa, y que por tanto puede ser utilizado como criterio determinante en la adjudicación de un contrato, son las especificaciones técnicas y de calidad técnica del bien o producto –¿servicio?– en

³³ Esta figura del «Acuerdo Marco» se introdujo en el Ordenamiento español con ocasión de la transposición de la Directiva 93/38, CEE, de 14 de junio (modificada por Directivas 98/4/CE y 92/13, CEE), en el art. 6 de la Ley de 30 de diciembre de 1998, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones (véanse los arts. 25,h y 44).

cuestión. Hay que entender por especificaciones técnicas, las «exigencias técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, que definen las características requeridas de una obra, material, producto, suministro o servicio, y que permiten caracterizar objetivamente la obra, material, producto, suministro o servicio, de manera que correspondan a la utilización a que los destine la entidad contratante». En cualquier caso, se deberá respetar la actual obligación de las empresas de definir las especificaciones técnicas de sus contratos con arreglo a las especificaciones «europeas» siempre que éstas existan, para evitar la discriminación de candidatos extranjeros. Por otra parte, en este diálogo competitivo-técnico el Ente contratante debe respetar el deber de confidencialidad de la información de los licitadores cuando estén en juego derechos protegidos por el Ordenamiento jurídico, lo que no debe imposibilitar un control externo, por órganos imparciales, de la concreta motivación utilizada a la hora de adjudicar el contrato a través de este procedimiento.

Una consideración añadida. Sin negar las posibles virtudes de este tipo de procedimiento, estimo que no debe apresurarse su regulación y aplicación con carácter general. Para algunos supuestos tasados, recogidos expresa y singularmente por las normas, esta fórmula podrá sustituir al «procedimiento negociado con publicidad» y quizás desempeñará un papel más relevante en el campo de los «sectores excluidos (o especiales)», donde, por su objeto, es más normal que las condiciones tecnológicas aconsejen acudir a esta novedosa fórmula.

En definitiva, esto significa, por tanto, que el procedimiento negociado con publicidad debe ser mantenido como procedimiento, pues en varios de los supuestos en que actualmente se permite su utilización no entran en juego los parámetros del diálogo competitivo³⁴.

□ Los «Acuerdos marco»

Conviene advertir que los términos de esta figura no están fijados en su totalidad y solamente deben servir de base para poder adjudicar posteriormente contratos, sin aplicar a cada uno de ellos todas las obligaciones de las Directivas de contratación pública. Los «Acuerdos marco» se utilizarán en caso de compras –quíerese decir, en nuestra terminología jurídica más precisa, «contratos»– repetitivas, para elegir algunos operadores económicos que, llegado el momento, puedan satisfacer las necesidades del comprador.

En la actualidad, esta forma de «acuerdo» entre los Poderes adjudicadores y los operadores económicos no puede eximir a aquéllos de la

³⁴ Véase, sobre el tema, Álvaro CANALES GIL: *El control de eficiencia sobre el precio en la contratación pública: el incidente de diálogo competitivo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.

obligación de seguir los procedimientos de la futura Directiva en cada contrato que adjudique –a resultas de una solicitud–, si se superan los correspondientes umbrales. De esta manera, los «Poderes adjudicadores» no estarán obligados a aplicar los procedimientos normales de la Directiva para cada contrato basado en un «Acuerdo marco».

Pero para que esta figura sea admisible y operativa debe producirse, no obstante, una doble condición:

a) el «acuerdo marco», en sí mismo, debe estar adjudicado de conformidad con las exigencias de la Directiva.

b) los contratos basados en el «acuerdo marco» deberán adjudicarse con arreglo a disposiciones cuyo objeto es garantizar el respeto de la igualdad de trato en la selección del licitador.

1) Las «especificaciones técnicas»

La reforma de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas tiende a garantizar una competencia efectiva mediante la participación del mayor público posible de licitadores y, en particular, de empresas innovadoras. En este sentido, la aplicación de las disposiciones de las Directivas en materia de «prescripciones técnicas» ha llevado, en algunos casos, a situaciones artificiosas en que la norma se ha considerado un instrumento obligatorio *de facto*. En efecto, puede interpretarse que tales disposiciones limitan la elección del contratista a la contratación, únicamente, del objeto que se halla absolutamente conforme a las prescripciones contenidas en las normas. Esta interpretación no resulta conforme a la noción de «referencia».

De acuerdo con el sentido, significación y espíritu de esta noción, es posible perfectamente comparar otras soluciones a la solución planteada por las normas sobre «prescripciones técnicas». De ahí que se privilegien las soluciones técnicas normalizadas, en detrimento de otras soluciones y de nuevas tecnologías.

Por ello, parece necesario simplificar esas disposiciones. De una parte, aclarando el alcance de la obligación de «referencia»; y, de otra, limitando la mención de disposiciones específicas a determinados sectores como las telecomunicaciones y la construcción, por ejemplo. Debe quedar claro que estas modificaciones se aplican en todo el sistema de contratación pública, esto es, en obras, servicios, suministros y «sectores especiales».

2) El refuerzo de los criterios de adjudicación

Constatamos que, en las Directivas actualmente vigente –y, por ende, en las normas adaptadas por los Estados miembros– se prevé que dichos criterios deben enumerarse en el anuncio de licitación o en el

pliego de condiciones «en la medida de lo posible», en orden decreciente según la importancia que les atribuya el respectivo «Poder adjudicador». Pues bien, esta disposición resulta poco restrictiva, en lo que se refiere a la mención de un orden de «importancia decreciente» y, por ello, es necesario aclarar el alcance de la obligación. Parece ser que la propia Comisión Europea ha venido observando (sic) que:

«... incluso si se establece e indica un orden de importancia decreciente de los criterios de adjudicación, los poderes adjudicadores siguen teniendo un margen discrecional considerable a la hora de adjudicar el contrato. En efecto, si sólo indica un orden de importancia decreciente, el poder adjudicador mantiene la posibilidad de dar a los criterios, en el momento de la evaluación, un peso determinado y, por tanto, un valor relativo que no conocen los licitadores. La falta de transparencia puede tener como resultado que determinados poderes adjudicadores confieran una importancia inesperada o imprevisible a uno o varios criterios, incluso después de la apertura de las ofertas, de modo que den un trato privilegiado a una u otra de éstas. De esta manera, ante dos criterios, el orden de preferencia puede llevar a conceder el 90% o el 51% del valor relativo al primer criterio. Además, al no existir una norma general que obligue a indicar la ponderación relativa de los criterios desde el inicio del procedimiento, es difícil controlar la elección definitiva del poder adjudicador. Es preciso, pues, reconocer que tal carencia desemboca, en la fase crucial de la adjudicación del contrato, en dejar sin efecto útil las normas que rigen las etapas anteriores del procedimiento de adjudicación».

En definitiva, debe reformarse el marco vigente en el sentido de imponer la obligación de mencionar en el anuncio de licitación o, al menos, en el pliego de condiciones, la ponderación relativa de los criterios, esto es, de «cada criterio», bien a través de porcentajes o partes relativas en relación con otros criterios, bien a través de una «banda de valores» dentro de la cual se posicionará el asignado a cada criterio.

En cuanto a la «selección de los licitadores», la Propuesta de Directiva pretende reformar el marco legislativo en dos aspectos:

a) por un lado, se refuerzan los instrumentos para combatir la delincuencia organizada, la corrupción y el fraude. Este reforzamiento se produce al introducir una obligación de los «Poderes adjudicadores» de excluir a todo licitador que haya sido objeto de una sentencia firme por delitos de delincuencia organizada, de corrupción o de fraude en detrimento de los intereses económicos de la Comunidad;

b) por otra parte, en los procedimientos restringidos y negociados, se introduce la obligación de restringir el número de candidatos invitados a licitar únicamente mediante la aplicación de criterios objetivos enunciados previamente. De esta manera, se subsana una ostensible laguna de las disposiciones vigentes.

F) Simplificación de umbrales

Con toda seguridad, los umbrales³⁵ actuales de los respectivos tipos de contrato son tremendamente difíciles de aplicar. En lo que se refiere a los contratos públicos sometidos a la Directiva 92/50/CEE, se aplican los siguientes umbrales:

1) 200.000 euros, en los contratos adjudicados por las autoridades centrales y no centrales y relativos a los servicios de la categoría 8 (investigación y desarrollo) del Anexo I A y a determinados servicios de telecomunicaciones, como los enumerados en la categoría 5 del Anexo I A;

2) el equivalente en euros de 130.000 Derechos Especiales de Giro (DEG) (en la actualidad, 139.312 euros) se aplica a todos los contratos adjudicados por las autoridades gubernamentales enumeradas en el Anexo I de la Directiva 92/50/CEE;

3) el equivalente en euros de 200.000 DEG (en la actualidad, 214.326 euros) se aplica a los contratos de servicios adjudicados por los poderes adjudicadores que no sean autoridades centrales, si los contratos se refieren a servicios enumerados en el Anexo I A distintos de los enumerados más arriba;

4) hay dos umbrales diferentes para los contratos de obras sometidos a la Directiva 93/37/CEE: 5.000.000 ecus (en la actualidad, euros) en los contratos de concesiones de obras y en los contratos que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 2 (contratos financiados en más de un 50%); en los demás contratos de obras, el umbral es el equivalente en euros de 5.000.000 de derechos especiales de giro (DEG), lo que en la actualidad supone 5.358.153 euros;

5) en lo que se refiere a los contratos de suministro sometidos a la Directiva 93/36/CEE, los umbrales son los siguientes:

a) el equivalente en euros a 130.000 DEG (en la actualidad, 139.312 euros) se aplica a los contratos de suministro adjudicados por *las autoridades gubernamentales centrales*, enumeradas en el Anexo I de la Directiva;

b) el equivalente en euros de 200.000 DEG (en la actualidad, 214.326 euros) se aplica a todos los contratos de suministro adjudicados por *los poderes adjudicadores que no sean autoridades gubernamentales centrales* y a los contratos adjudicados por las autoridades gubernamentales centrales en el sector de defensa y relativos a los productos no enumerados en el Anexo II de la Directiva.

Hay necesidad, pues, y urgente, de simplificar estos umbrales, eliminando toda referencia al «equivalente en Euros de DEG», e indicando

³⁵ Cuantía que determina la obligación absoluta de aplicar las reglas del sistema europeo de contratación pública y, muy en particular, las referidas a publicidad previa y posterior.

todos los umbrales en Euros, hasta un nivel compatible con las obligaciones internacionales de la Unión Europea. En adelante, los umbrales se indicarán siempre en «Euros», redondeándose a la centena o a la decena de millares de euros inferior a los umbrales previstos en el «Acuerdo sobre Contratación Pública» (Ronda Uruguay).

En la Propuesta de Directiva –tras las modificaciones introducidas en la elaboración del a misma–, se han elegido los siguientes umbrales:

1) un umbral único de 5.300.000 de euros, aplicable a todos los contratos y concesiones de obras;

2) dos umbrales, aplicables a todos los contratos de suministros y gestión de servicios y a los concursos de proyectos. Estos umbrales son de 130.000 o de 200.000 euros, según que el respectivo «Poder adjudicador» tenga Estatuto propio o no lo tenga.

(C) El Vocabulario Común de Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary –CPV–)


La utilización del CPV obedece a una Recomendación de la Comisión Europea, de 30 de julio de 1996, con objeto de describir lo mejor posible cada contrato sujeto al «sistema», es decir, identificar el objeto de los contratos y facilitar traducción a las once lenguas oficiales. Este objetivo se ha convertido en un criterio de búsqueda indispensable en la selección e identificación de las oportunidades de contratación pública en los distintos Estados miembros.

De ahí que la utilización exclusiva de un vocabulario general o común, en lugar de las nomenclaturas anteriores (CPC, NACE, etc.), facilitará la divulgación y el acceso a la información y así parece preverse un aumento de los principios de transparencia y una mayor apertura al mercado de los contratos públicos en la Unión Europea. En este sentido, la aprobación de la Directiva 2001/78/CE, de 13 de septiembre (véase en el texto, epígrafe 7,A) contribuirá también a estos objetivos.

8. Las excepciones de aplicación

A raíz de las modificaciones propuestas por la Comisión para la Directiva sobre «Sectores especiales» (antes «excluidos»), la nº 93/38/CEE, también se anuncia la modificación de las Directivas «clásicas», con objeto de garantizar que los Poderes públicos continúen estando excluidos del ámbito de aplicación de estas Directivas, en lo que se refiere a los contratos relacionados con sus propias actividades. Evidentemente, los «Poderes adjudicadores» estarán obligados por esta «Directiva de unificación» en lo que concierne a actividades de agua, transporte, energía y telecomunicaciones cuando no sean ellos, por sí mismos, quienes reali-

cen tales actividades. Lo que se trata, precisamente, es que habida cuenta de la progresiva liberalización del sector de «telecomunicaciones», los Poderes públicos que tendrán a partir de ahora los mismos incentivos de rentabilidad que las empresas privadas, por haberse introducido una efectiva competencia en el sector, no se vean constreñidos por las nuevas obligaciones. Se propone, por tanto, *excluir* –es decir, que continúen excluidos– a los Poderes públicos en lo referente a sus actividades de «telecomunicación».

Estas son, en síntesis, las modificaciones propuestas en las Directivas clásicas (véase nota 16). Sin duda, caso de prosperar esta propuesta, no sólo habrá de modificarse la legislación contractual básica española –aunque en el plazo de los simples retoques–, sino también las disposiciones reglamentarias recién promulgadas, es decir, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprobó el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas. 

CONSTRUCCIONES TURÍSTICAS Y LEGISLACIÓN URBANÍSTICA: LA LIBERALIZACIÓN DEL SUELO

José Manuel Díaz Lema

Catedrático de Derecho Administrativo

1. Construcciones turísticas y legislación urbanística: la liberalización del suelo

1. La ponencia que me ha sido encargada lleva por título *La construcción de instalaciones turísticas y el territorio*, título lo suficientemente amplio para dar cabida en él a toda suerte de reflexiones sobre el influjo o condicionamiento de las instalaciones turísticas o usos turísticos en general en el espacio. Por mi parte preferiría acotar un poco más el contenido de la ponencia y plantearme sencillamente qué exigencias o especialidades impone a la legislación urbanística el fenómeno turístico, y esto no tanto desde un punto de vista más o menos teórico, sino desde la perspectiva concreta de nuestra experiencia legislativa y sobre todo en el marco de la actual legislación urbanística, estrechamente condicionada por lo que ha dado en llamarse liberalización del suelo.

2. El uso intensivo de amplios espacios del territorio español para usos turísticos desde los años 1960 forzosamente estaba llamado a influir en la legislación urbanística. Dos han sido los grandes modelos en

* Texto de la conferencia pronunciada en el curso «Turismo y urbanismo», organizado por la EGAP en Sada (A Coruña) en julio de 2001.

los que se ha plasmado esa compleja relación entre el turismo (mejor dicho, las construcciones con fines eminentemente turísticos) y la legislación urbanística, y dentro de ella, de los instrumentos de planificación u ordenación: el primero se caracteriza por el intento de crear una normativa especial para las zonas turísticas, en gran medida al margen de la normativa común o general de ordenación urbana, buscando tanto dar cumplida respuesta a las necesidades específicas de las zonas turísticas como una mayor eficacia, dada la tradicional lentitud de los procesos de la legislación urbanística general. El que podríamos denominar segundo modelo trata de incorporar las construcciones turísticas y sus singularidades al régimen común de la ordenación urbana. En el uno prima la especialidad de las construcciones turísticas; en el otro el sometimiento a reglas comunes de todo tipo de construcciones o instalaciones, al margen de los usos concretos.

El primer modelo –legislación turística especial frente a legislación general del suelo– se plasma en la Ley de centros y zonas de interés turístico nacional de 28 de diciembre de 1963, dictada no muchos años después de nuestra primera Ley del Suelo (1956). El primer artículo de la Ley deja claro el objetivo del legislador: la ordenación turística del territorio nacional por medio de la planificación y desarrollo de Centros y Zonas de interés turístico. «Centros» son áreas determinadas del territorio dotadas de condiciones especiales para la atracción y retención del turismo; varios Centros pueden lugar a una «Zona». Desde nuestro punto de vista, lo más importante de esta Ley era que una vez aprobado el Plan de promoción turística de uno de estos Centros conforme al artículo 11, se debía proceder a la «redacción del correspondiente Plan de ordenación urbana» en el plazo fijado por el Plan de Promoción, correspondiendo dicha tramitación bien a las autoridades promotoras de la solicitud de Centro o a la Administración del Estado (artículo 12). El contenido de estos Planes de ordenación no difería en lo sustancial del contenido propio de los Planes de la Ley de 1956, como se puede colegir de la lectura del artículo 12.2 de la Ley. Realmente lo más destacado de esta ordenación urbana por razones turísticas residía en la competencia para su tramitación, como se ha señalado, y sobre todo para su aprobación, que correspondía al Consejo de Ministros (artículo 13).

Se producía por tanto un importante desplazamiento competencial hacia la Administración del Estado en una materia como el urbanismo que ha tenido en nuestro Derecho siempre un fuerte componente local. La solución de la Ley de 1963 debe ser entendida en el contexto de un Estado profundamente autoritario, que afirmaba por encima de todo la presencia de la Administración estatal, y desconfiaba de los Municipios, al mismo tiempo que buscaba la aceleración y concentración de los pro-

cesos conducentes a las construcciones urbanísticas. Se trataba de una Ley perfectamente explicable en el contexto de la época, tanto desde el punto de vista competencial, como de la impronta típicamente desarrollista que se aprecia en ella.

De hecho, por razón del contenido de esta ponencia concentramos nuestra atención en la ordenación urbana de estos Centros y Zonas de interés turístico nacional, pero en realidad la Ley iba más lejos: la ordenación urbana era una pieza más en un mosaico más completo formado por los Planes de promoción turística y el establecimiento de beneficios económicos para el desarrollo de actividades turísticas. Así lo establecía expresamente el artículo 13.2 de la Ley («En dicho Decreto [de aprobación del Plan de ordenación urbana] se determinarán expresamente los beneficios que se concedan para la ejecución de los proyectos, obras y servicios incluidos en los Planes del Centro»). Toda la Ley está construida desde el prisma del desarrollismo, y su corolario competencial estatal.

La Ley de Centros y Zonas de 1963 suponía un reto de gran envergadura para la legislación general del suelo representada por la Ley de 1956. La convivencia entre ambas normas no fue nada fácil, y ya a la altura de los primeros años 1970 se vio la necesidad de limar las especialidades de esta legislación turística incorporándola a la legislación común del suelo. Este es en definitiva el que antes denominábamos segundo modelo, por el que se decanta la reforma de la Ley del suelo de 1975 y el Texto refundido de la Ley del suelo de 1976, de una manera suave, sin provocar bruscamente la derogación o ruptura del modelo anterior.

La disposición final 3ª de la Ley de reforma de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 preveía la aprobación de un Texto refundido de la Ley de Centros y Zonas de interés turístico nacional, salvando las competencias atribuidas en dicha Ley a la Administración estatal, y adaptando en todo lo demás la legislación turística a lo dispuesto en la legislación general del suelo. Este Texto refundido no se llegó a dictar nunca. Cuando el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 establece la tabla de vigencias deja en vigor la Ley de Centros y Zonas de 1963, sin perjuicio del cumplimiento de la disposición final 3ª aludida, y siempre bajo la premisa de que dicha legislación especial no se opondrá al Texto refundido de la Ley del Suelo. En definitiva, la legislación del suelo de 1975/1976 no deroga frontalmente la Ley de Centros y Zonas de 1963, pero deja clara la superior posición de la legislación del suelo. El mismo hecho de que no se llegara a elaborar el texto refundido previsto en la Ley de 1975 es bien indicativo de que en la pugna entre la normativa turística especial y la común del suelo, el legislador se decanta por la segunda, aunque se dejan a salvo las competencias del Estado en la materia.

Finalmente, la aprobación de la Constitución y la poderosa afirmación de la autonomía local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ya desde el año 1981, inclinan definitivamente la balanza hacia la legislación del suelo, quedando prácticamente en desuso la legislación turística especial y su esquema competencial. Obviamente, hoy es impensable construir una legislación turística (o de construcciones turísticas) al margen del marco competencial local. La Ley de 1963 sirve por tanto únicamente de referencia histórica de un modelo de relación entre ambas legislaciones periclitado en términos positivos, pero del que se pueden extraer enseñanzas concretas. Al fin y al cabo es innegable que las construcciones turísticas suponen un reto para la ordenación urbana en general, con particularidades de todo orden que no se pueden ocultar.

5. La plena inserción de las construcciones turísticas dentro de la legislación urbanística común no ha impedido sin embargo que asomen ciertas particularidades, de las que debemos ocuparnos a continuación. No se trata en realidad de normas específicas sobre las construcciones turísticas (ya se ha dicho que nuestro Derecho rehuye este modelo partir de los años 1970), sino que ciertas reglas de la legislación urbanística han encontrado un caldo de cultivo favorable en las construcciones turísticas. Me voy a referir a dos aspectos relativos a la planificación y a la gestión urbanísticas.

Como es bien sabido, dentro del elenco de los planes urbanísticos nuestro Derecho regula –con no excesivo detalle, por cierto– los llamados planes de iniciativa particular, esto es, planes parciales cuya iniciativa procede de particulares o promotores. Por supuesto, cualquier persona puede promover dichos planes, cuya tramitación, salvo ciertos aspectos de la elaboración inicial, es idéntica a la del resto de los Planes de iniciación pública. Ahora bien, en la práctica ha sucedido que en las urbanizaciones turísticas la aplicación de esta figura del planeamiento ha tenido una repercusión enorme. Una parte muy destacada de las urbanizaciones turísticas en el litoral español se han llevado a cabo en el marco de estos Planes. Más adelante tendremos ocasión de comprobar cómo afecta esta realidad a la legislación vigente. Y en el plano de la gestión urbanística, también ha sido frecuente que la conservación de la urbanización, que en principio es cometido de la Administración, descansa en los propietarios de modo muy frecuente en las urbanizaciones turísticas. Nos hallamos en definitiva ante un modelo en el que, bajo el paraguas de la legislación común del suelo, se advierten de hecho ciertas singularidades en las construcciones turísticas estrechamente relacionadas con la iniciativa particular ya sea en la planificación, en la gestión, o en la fase posterior de la conservación de las obras de urbanización.

Puede decirse en este sentido que la importa de lo privado en las urbanizaciones urbanísticas es en términos cuantitativos mucho más elevada que en el resto de la urbanización y edificación en España. Esto como veremos a continuación va a enlazar con suma facilidad con el nuevo régimen del suelo que pretende imponer el legislador estatal, y que se caracteriza por la liberalización del suelo y el otorgamiento de un protagonismo a los propietarios o promotores del que carecían en la anterior legislación.

6 En efecto, la nueva legislación del suelo estatal plasmada en la Ley 6/1998 y reformada en parte por el Decreto-Ley 4/2000 constituye el marco idóneo para encauzar el dinamismo propio de las urbanizaciones turísticas. Veamos en primer lugar los rasgos principales de esta legislación directamente vinculados con el tema aquí tratado.

La Ley 6/1998 altera radicalmente los mecanismos tradicionales de clasificación del suelo. Manteniendo el suelo urbano, reduce el suelo no urbanizable al protegido por razones medio ambientales o preservado por razones económicas (de productividad agrícola, por ejemplo), de tal manera que el resto del suelo pasa a engrosar el suelo urbanizable. La mayor parte del territorio nacional según estos criterios debiera pasar a engrosar el suelo urbanizable, aunque evidentemente esto necesita la concreción en los instrumentos de planificación urbanística.

Al mismo tiempo que amplía el suelo urbanizable, la Ley en los artículos 15 y 16 prevé la transformación de este suelo a cargo de los propietarios, en unas condiciones que claramente les favorecen, y que en realidad buscan la promoción de los mismos. Se reconoce a los propietarios el derecho a la transformación del suelo urbanizable, en el sentido de que la aprobación de los Planes parciales presentados por los particulares es reglada para el Ayuntamiento. Este cambio es fundamental. Frente a la aprobación discrecional de los planes de iniciativa particular de la legislación tradicional española, se impone ahora a los Ayuntamientos el carácter obligado de la aprobación, siempre que respeten el planeamiento general.

Consciente el legislador de que la reforma puede provocar una cierta deslocalización de los asentamientos urbanos, impone con carácter adicional a los propietarios el costeamiento de las infraestructuras de conexión con los sistemas generales existentes en el artículo 18, lo que evidentemente encarecerá las obras, pero correrán a cargo de los propietarios, no del resto de la población municipal. Aunque el legislador estatal no lo dice –ni puede hacerlo por razones de tipo competencial– va de suyo que en este tipo de planes de iniciativa particular –por utilizar la expresión tradicional de nuestro Derecho urbanístico– la gestión corresponderá a los mismos interesados (compensación o similares). En defi-

nitiva, todo el sistema se decanta hacia fórmulas privadas, desde la planificación a la gestión, y probablemente esto afecte también a la misma conservación de la urbanización, como venía siendo tradicional en las urbanizaciones urbanísticas.

En definitiva, el nuevo marco de la legislación estatal amplifica y da cobertura a la situación tradicional de las urbanizaciones turísticas al tiempo que constituye el cauce idóneo de las mismas en el futuro. No se trata de una legislación especialmente pensada para este supuesto, pero que duda cabe de que encontrará precisamente en el sector turístico un campo de cultivo adecuado para su realización. Porque tradicionalmente se han utilizado este tipo de fórmulas (planes de iniciativa particular), y se ajusta como ningún otro a iniciativas particulares desde la fase de planificación hasta la conservación de las urbanizaciones, tema del que nos ocupamos a continuación.

Como se ha puesto de manifiesto, el esquema liberalizador de la legislación estatal tiene un flanco débil que podríamos denominar déficit de planificación. Desde luego rompe los esquemas tradicionales de una planificación estricta del espacio. Pero quizá aquí radica el reto que en los próximos años deben acometer los técnicos: definir mecanismos de planificación más ágiles, capaces de absorber las iniciativas que se presenten y sin que ello represente una ruptura de la ordenación del espacio. En este difícil equilibrio debiera desenvolverse la Ley 6/1998, y por descontado las urbanizaciones turísticas.

2. Las entidades de conservación de la urbanización

2.1 Principios. Introducción

2.1.1 *El deber de costear la urbanización y sus excepciones*

Las Entidades para la conservación de la urbanización están reguladas en los artículos 24 a 30 y 67 a 70 del Reglamento de gestión urbanística (RGU); los preceptos citados en primer lugar se refieren a la organización de las mismas dentro del régimen general de las Entidades urbanísticas colaboradoras, que constituye el género en el que incluir las entidades de conservación; en los artículos citados en segundo lugar prevé el RGU los principios relativos a la conservación de la urbanización, y la posibilidad de que los mismos propietarios se hagan cargo de la misma. Las Entidades de Conservación de la urbanización están por lo tanto estrechamente ligadas a la iniciativa y participación de los particulares, de los propietarios, en los procesos de gestión urbanística; tanto es así que con frecuencia –como veremos– dichas Entidades pueden surgir como consecuencia o derivación de las Juntas de Compensación.

Las Entidades de Conservación de la urbanización constituyen en la sistemática de nuestro Derecho urbanístico una cierta anomalía. Esto es, como es bien sabido, lo que impone nuestro Derecho a los propietarios del suelo es el deber de costear la urbanización, y en su caso ejecutarla, pero en principio no se atribuye a los propietarios la conservación o mantenimiento de la misma. Mejor dicho, la regla en nuestro Derecho es que la conservación de la urbanización corresponde a la Administración, una vez que se ha efectuado la cesión de las obras. Así el artículo 67 del RGU dispone:

La conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos serán de cargo de la Administración actuante, una vez que se haya efectuado la cesión de aquéllas.

Pues bien, la creación de una Entidad de conservación de la urbanización sólo está justificada cuando el Plan de ordenación u otra disposición legal así lo impone, como recuerda el artículo 68 del mismo RGU. *Prima facie*, por tanto, las Entidades de conservación están vinculadas a la obligación de mantener o conservar la urbanización, y esta obligación sólo es posible cuando de forma excepcional el planeamiento u otra disposición así lo establezca. Este es el marco general, porque como tendremos ocasión de comprobar, pueden darse algunos casos, en que los propietarios asumen voluntariamente la conservación de la urbanización.

Estos son los datos más relevantes de nuestro Derecho, lo cual significa que en principio las Entidades de conservación pueden crearse en cualquier tipo de urbanización, al margen del planeamiento que la ha originado o de quien haya tenido la iniciativa en la transformación del suelo. De hecho, sin embargo, la creación de Entidades de conservación con frecuencia va ligada a aquellas actuaciones en que la iniciativa particular se muestra pujante desde el inicio del proceso o iniciativa de la planificación (parcial) siguiendo por la constitución de la Junta de Compensación, y finalmente termina en la misma conservación de las obras de urbanización a cargo de los propietarios. En este sentido puede decirse que las Entidades de conservación constituyen el último eslabón de un urbanismo en que los propietarios adquieren un extraordinario protagonismo, tanto que llega a romperse la regla la cual la conservación debe corresponder a la Administración, como acabamos de señalar.

Debemos subrayar este extremo por la estrecha relación que tiene con la liberalización del suelo (esto es, posición preponderante de los particulares o propietarios en el proceso de planificación de desarrollo y por supuesto en la gestión –compensación–) por la que se decanta la Ley estatal 6/1998. Si los artículos 15 y 16 reconocen a los propietarios el derecho a la transformación del suelo urbanizable tramitando y exi-

giendo con carácter reglado la aprobación de un Plan parcial, va de suyo que, al margen de la ausencia de competencia legislativa estatal para diseñar los procedimientos de gestión urbanística, la gestión corresponderá a los mismos promotores del Plan parcial. La gestión se inclina como consecuencia de esta reforma hacia modos privados, en los casos en que la iniciativa de la transformación corresponda a privados. El último paso –lógico– es que los mismos propietarios se puedan hacer cargo de la conservación de la urbanización liberando a las arcas municipales de obligaciones financieras que en la práctica pueden no estar en condiciones de asumir. Así pues, si anteriormente hemos resaltado el carácter excepcional de la conservación a cargo de los propietarios, ahora debemos añadir, en cierto modo de forma contradictoria, que resulta un fenómeno de gran actualidad (aunque de hecho siempre la ha tenido en ciertas urbanizaciones, sobre todo en municipios turísticos) y en definitiva de creciente importancia en el marco de la liberalización del suelo.

2.1.2. Las Entidades de conservación, un subtipo dentro de las Entidades urbanísticas colaboradoras

Como ya se ha dicho, el artículo 24 del RGU incluye las Entidades de conservación de la urbanización dentro de la categoría de las Entidades urbanísticas colaboradoras, al lado de las Juntas de Compensación y las Asociaciones administrativas de propietarios del sistema de cooperación. Por tanto, los rasgos fundamentales de dichas Entidades son comunes a las otras dos, debiendo citarse en este momento su naturaleza administrativa, que trae como consecuencia –dado el caso– la incorporación forzosa de los miembros; la subrogación del tercero o adquirente de la parcela o la edificación en los derechos y obligaciones del transmitente; o la adopción de acuerdos por mayoría simple de las cuotas de participación.

La existencia de estas reglas comunes no radica sólo en el principio de participación de los propietarios en la gestión urbanística. Además de esto, las Entidades de conservación con no poca frecuencia surgen como transformación de anteriores Juntas de Compensación o Asociaciones de propietarios de la cooperación, y por ello es natural que las reglas aplicables en el fondo sean las mismas. Hay un *continuum* entre el costeamiento y la ejecución de la urbanización, y la conservación de la misma, y por razones obvias de economía procesal la misma Entidad o asociación de propietarios que en su momento ha servido para ejecutar la urbanización, con una ligera transformación servirá más adelante para conservarla. Como se puede comprobar, en buena parte de los casos lo que está en juego es el papel de los propietarios en el proceso de gestión urbanística entendido en el sentido más amplio posible, también comprensivo de la conservación y mantenimiento de las obras.

Naturaleza jurídica de las Entidades de conservación

Nuestro Derecho siempre ha reconocido una doble naturaleza en las Entidades de Conservación, así como en el conjunto de las Entidades urbanísticas colaboradoras. Su base privada, ante todo una asociación de propietarios es evidente, como lo es también el ejercicio de funciones administrativas atribuidas por Ley, entreverado con la incorporación obligatoria de todos los miembros de la unidad de actuación. De ahí que en el Derecho anterior a la Constitución fueran configuradas estas asociaciones como Corporaciones de base privada.

En el Derecho posterior a la Constitución se ha planteado la compatibilidad de estas Corporaciones con el derecho de asociación previsto en el artículo 22 de la Constitución Española (CE). El TC en la STC 67/1985 ha entendido que estas asociaciones de configuración legal no encajan en el tipo descrito en el citado precepto: la inscripción obligatoria y el ejercicio de funciones públicas hacen en aspectos esenciales radicalmente distinto el régimen de estas Corporaciones de las asociaciones comunes. Posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) [en concreto la de 25 de mayo de 1993 - Ar -3987-] han desarrollado los criterios del Constitucional, poniendo de manifiesto el aspecto público o administrativo en el ejercicio de ciertas funciones, que estas Corporaciones o asociaciones de configuración legal llevan a cabo en virtud de delegación (*ex lege*, desde luego). No existe por tanto reparo alguno desde el punto de vista constitucional a la existencia de este tipo de Entidades, por la sencilla razón de que escapan al régimen común de las asociaciones.¹

2. Clasificación de las Entidades de conservación

Pueden clasificarse las Entidades en atención a los siguientes criterios:

- 1 Por su relación con otras Entidades urbanísticas. Ya hemos señalado que es relativamente frecuente que las Entidades de conservación surjan de anteriores Entidades urbanísticas, Juntas de Compensación o Asociaciones de propietarios de la cooperación. El propio RGU en el artículo 25 alude a la doble posibilidad de que las Entidades de conservación se constituyan como consecuencia de la transformación de una Entidad urbanística, o que surjan *ex novo*, es decir, al margen de la compensación o la cooperación previstas. Lo cierto es que lo usual es lo primero, por la razón ya apuntada anteriormente: la Entidad de conservación lleva hasta el final la participación privada o de los propietarios hasta sus últimos extremos. En sistemas de actuación públicos (piénsese en una expropiación) no parece razonable que la conservación de la urbanización por los

¹ En relación con las cámaras de Comercio, Industria y Navegación, véanse la STC 107/96 y las STS 8140/2000 y 2907/2001 (ambas en repertorio Aranzadi).

propietarios tenga cabida. Lo cierto sin embargo es que el RGU deja la puerta abierta a las dos posibilidades. Por supuesto, por la vía de la transformación el legislador busca una facilitación de los procedimientos, del paso de una a otra Entidad de colaboración, de modo que buena parte de las reglas procedimentales coinciden.

↓ Es preciso plantear también la posibilidad de que al lado de las Entidades de conservación obligatorias puedan surgir otras facultativas. Aparentemente, sólo caben las primeras, si se tiene en cuenta que el artículo 67 del RGU impone la obligación de conservar a la Administración una vez recepcionadas las obras. Esta obligación de conservar puede derivarse del Plan de Ordenación, o de cualquier otra norma, pero una vez más debemos recordar que el supuesto más lógico de constitución será el de los Planes parciales de iniciativa particular, que salen extraordinariamente reforzados de la reforma llevada a cabo por la Ley 6/1998.

Pero el artículo 25 del RGU puede ser entendido –como así ha sucedido– también en el sentido de que admite las Entidades de conservación voluntarias, si se ponen en relación los apartados 2 y 3 del mismo. En el 2 se dice que las Entidades «podrán constituirse», y en el 3 que será «obligatoria» la constitución en determinados supuestos (los ya señalados: que una norma o el Plan de Ordenación así lo exijan). Esta interpretación abre la puerta a la constitución voluntaria de Entidades, que de hecho puede estar justificada cuando los miembros de una unidad de actuación temen un descenso en la calidad de los servicios urbanos, al pasar la prestación al Ayuntamiento (y puedan permitirse su mantenimiento), e incluso se puede citar más en concreto el caso de las urbanizaciones privadas aisladas o turísticas, que tiene una evidente singularidad.

Desde el punto de vista del plazo de duración, las Entidades de conservación pueden ser también distintas. De entrada, puesto que la obligación de conservación en el plano de los principios corresponde a la Administración, podría hablarse de una cierta transitoriedad en todos los casos. Lo cierto es sin embargo que esta transitoriedad es más aparente que real, si el Plan u otra norma han impuesto de forma indefinida la conservación de la urbanización a los propietarios.

Hay desde luego un primer supuesto en que la conservación de las obras por los propietarios tiene un alcance transitorio. Nos referimos al plazo entre la terminación de las obras y su recepción por la Administración, que no necesariamente es tan breve en la práctica. La Junta de Compensación o los propietarios deben asumir esta carga, pero la duda es si en este caso es precisa la constitución de una Entidad de conservación. Desde luego, el RGU no lo impide, pero puede interpretarse, por razones de eficacia, en el sentido de que las Juntas de Compensación o las Asociaciones de propietarios pueden transitoriamente asumir esta

función, siempre que así conste en sus Estatutos. Y por supuesto, en aquellos casos en que la constitución de la Entidad es voluntaria, este criterio parece justificado. Una vez más se advierte la «prolongación» de las Juntas de Compensación, que puede mantenerse hasta la recepción de las obras.

Ahora bien, en las Entidades de conservación de naturaleza obligatoria, su duración es indefinida. Es posible que el Ayuntamiento asuma en un determinado momento la conservación de la urbanización, pero la imprecisión sobre este hecho así como la obligatoriedad de la misma, obliga a considerarlas de forma completamente distinta.

Los miembros de la Entidad de conservación

Los artículos 24 y 25 del RGU dejan claro que los miembros de la Entidad son los propietarios de suelo de la unidad de actuación, en correspondencia con el régimen de las Juntas de Compensación o de las asociaciones de propietarios de la cooperación. Quedan por tanto excluidos los arrendatarios o titulares de derechos de uso, que no ostente la titularidad del suelo.

En cuanto son titulares dominicales deben incluirse también las empresas urbanizadoras, en la medida en que cumplan la referida condición (normalmente, cuando se les paga en parcelas edificables); o las propias Juntas de Compensación, que pueden ser titulares de terrenos de forma transitoria obtenidos por vía expropiatoria; o en fin, también la Administración Pública en cuanto titular del aprovechamiento objeto de cesión obligatoria. Si la Administración está obligada a urbanizar, también debe estar obligada a conservar la urbanización.

Sin embargo, a la vista de la reforma introducida en la Ley 6/1998 sobre la posible dispensa en favor de los Ayuntamientos y en lo tocante a la obligación de urbanizar el suelo objeto de cesión (que tendrán que concretar las leyes autonómicas), estimo que es necesario cambiar el criterio mantenido en la doctrina hasta el momento. Del mismo modo que la Ley autonómica puede imponer a los propietarios la obligación de urbanizar la totalidad de la unida (incluido el suelo objeto de cesión), parece que esto debe llevar aparejada la imposición también a los propietarios de la conservación de la urbanización. A este extremo no se refiere la Ley estatal, ni he visto referencias en las autonómicas, pero parece el paso lógico en este proceso.


Por lo demás es evidente que están obligados todos los propietarios de la unidad de actuación, con el carácter forzoso que nos es conocido. Ahora bien, en los casos –que antes hemos admitido– de Entidades de carácter voluntario, ¿es suficiente un porcentaje de la propiedad del suelo para constituir la Entidad, al modo de las Juntas de Compensa-

ción?. Estimo que no, porque estamos ante Entidades de naturaleza voluntaria, y por tanto es necesaria la voluntad de todos los miembros de la unidad de actuación.

El procedimiento de constitución

El procedimiento es similar a la constitución de las Juntas de Compensación, aunque obviamente aligerado de trámites. El problema más delicado es el de determinar la mayoría necesaria para constituir la Entidad. En las forzosas, la solución es obvia: todos los propietarios están obligados a integrarse, y en cuanto a las mayorías necesarias para la aprobación de los distintos actos, regirá el régimen común de todas estas Entidades: la mayoría simple de cuotas de participación. Pero en las voluntarias, son de difícil aplicación tales criterios. En principio, parece que sólo la voluntad unánime de los propietarios puede permitir la constitución de la Entidad, y para imponer una mayoría cualificada, tal como sucede en la compensación, sería necesario que la norma así previera (por ejemplo, el Plan de Ordenación).

3. Conclusión

En conclusión, a pesar de la incertidumbre que rodea el proceso de liberalización del suelo auspiciado por la legislación estatal (Ley 6/1998; Real Decreto-Ley 4/2000) –sobre todo por la fragilidad de la legislación estatal para establecer el régimen de suelo–, se puede adelantar que reforzará y generalizará el uso de instrumentos de gestión (caso de las entidades de conservación de la urbanización) que hasta la actualidad estaban circunscritos a ámbitos muy determinados (las zonas turísticas). Esta afirmación se puede hacer, en parte, extensible a los Planes parciales de la iniciativa particular. Las construcciones turísticas, que nunca han tenido un fácil encaje en la legislación general del suelo, pueden convertirse en el modelo de transformación del suelo propiciado por la legislación liberalizadora. 

O PAPEL INSTRUMENTAL DAS FUNDACIÓNS NO SERVICIO PÚBLICO: ¿EFICACIA DE XESTIÓN OU FUXIDA DO SISTEMA?

Luis Villares Naveira

Bolseiro de estudos de terceiro ciclo
da Xunta de Galicia

I. Introducción

A Administración é o reflexo sensible, o que a cidadanía percibe, da grande entelequia que denominamos Estado. É o seu xeito de se relaciona-lo conxunto da sociedade consigo mesma, de prestarse a necesaria axuda para a supervivencia social, concepto que apuntara Rousseau no seu *Contrato Social*.

Unha das grandes funcións que desenvolveu sempre a Administración, nomeadamente en momentos de crises sociais e económicas foi a da prestación de servizos á poboación, máis ou menos básicos, que recibiron o apelativo de «públicos», nun concepto, hoxe máis ca nunca, de fronteiras difusas. Para prestar estes servizos a Administración ten que se organizar, e é así que adopta distintas formas e procederes para levar a cabo estas xestións. As máis coñecidas e comentadas son, sen dúbida, aquelas en que a Administración toma prestadas formas propias do dereito privado, que adapta con máis ou menos cambios á súa propia natureza ata acadalos fins perseguidos. No emprego destas técnicas acusouse á Administración moitas veces de tentar eludi-los controis que lle impón o dereito administrativo aferrándose ó ordenamento privado, co

suposto argumento de ser máis eficaz. Neste contexto xorden as personificacións instrumentais que hoxe coñecemos, simplificadas dende a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (en diante LOFAXE) en organismos autónomos e entidades públicas empresariais.

Pero ó final deste proceso, cando moitos consideraban que a Administración xa non precisaba explorar máis formas de dereito privado, aparecen, flamantes, as fundacións, e a suxestión da súa idoneidade para xestionar los servicios públicos. Xorden conferidas dunha sorte de «halo» que lles supón a panacea ós males da «deficiencia» e a falla de eficiencia que lastra, ei-la controversia, a Administración na súa actividade prestacional, sorte que vén determinada polo seu obvio sometemento ó dereito privado. Se esta nova personificación da Administración na prestación dos servicios públicos é un medio para facer máis eficaz a actividade realizada, ou se é un subterfuxio dunha fuxida do dereito administrativo pola Administración para eludir los controis que a propia Constitución (CE) impón, será o obxecto de análise no presente traballo.

2. A consagración constitucional do concepto de fundación

2.1) O dereito de fundación, protección fundamental de orde constitucional

Lonxe quedan xa os tempos en que xorden as primeiras fundacións froito da liberalidade dos particulares, desexando que o seu patrimonio servise para obras de beneficencia social, a calquera nivel, con fins que eran en todo caso de mellora dalgún sector humano do seu medio. É polo tanto a vocación filantrópica a que move a crear fundacións que realizarán funcións útiles ó conxunto social. Estes modos de actuación deron lugar ás máis das universidades florecentes de toda Europa, senlleiras bibliotecas ou innumerables posibilidades de acción social ás ordes relixiosas: institucións que cumprían unha función social que só co paso dos anos serían asumidas polo Estado para o cal, sen embargo, sería preciso que se sucedesen verdadeiras revolucións culturais e ideolóxicas no conxunto da sociedade.

Fronte a esa primixenia situación, o Estado paulatinamente asume estas tarefas como propias e impón un sistema, o público, que estende os seus efectos con máis forza cás fundacións gracias ós seus medios, a Administración.

Non obstante as fundacións seguen a existir como xeito que teñen os particulares de participar da construción do benestar e o progreso sociais, co aliciente engadido de poderen eles dispoñer do fin a que dedica-lo seu

patrimonio. Configúrase, xa que logo, a fundación como instrumento dos particulares para contribuír á mellora social, fronte á actuación da Administración, que persegue metas semellantes mais con outros medios e potestades.

Aínda que foi francamente nefasta a regulación histórica que se fixo no Estado español sobre o mecenado e as fundacións, condenándoa durante séculos ó ostracismo (véxase, por exemplo a Lei do 20 de xuño de 1849, xeral de beneficencia), o certo é que esta institución sobrevive e é recuperada dignamente pola Constitución española, que a eleva nada menos que a rango de dereito fundamental. Como di García de Enterría¹ «a Constitución española racha cos vetos á fundación que se viñan impondo dende había séculos». O mero feito de estar constitucionalizado este dereito convérteo en regra xeral e non excepción á prohibición, como outrora sucedera. Era preciso, xa que logo, recoñece-lo dereito de tan loable iniciativa altruísta de persoas que decidían compartilo seu patrimonio co interese xeral, e polo tanto fixar un marco que lle dera cabida a esta tarefa.

Deste xeito, a Constitución española (en diante CE) recolle o dereito de fundación no seu artigo 34, que se incardina no apartado de dereitos fundamentais e liberdades públicas. Este artigo da CE di: «1. Recoñécese o dereito de fundación, para fins de interese xeral, de acordo coa lei. 2. Rexerá tamén para as fundacións o disposto nos apartados 2 e 4 do artigo 22».

Trátase dun dereito que só se poderá ver limitado de xeito expreso e con respecto, en todo caso, ó seu núcleo esencial xa que goza de protección constitucional, que lle confire o art. 53.1 CE en relación co art. 161.1.a) CE. Pola mesma razón, os poderes públicos atópanse obrigados nos termos do art. 9.2 da Constitución a facer efectivas as condicións de liberdade para poder establecer fundacións, polo que se lle impón ó goberno a necesidade de actuar positivamente regulando esta institución.

A inclusión deste dereito como fundamental polo noso constituínte denota a clara preocupación polo papel que previsiblemente se lles quere outorgar ós particulares na dinámica social do momento histórico en que nos atopamos. Dotar deste rango as fundacións supuxo recoñecerlles unha esfera de autonomía denantes vista ós cidadáns fronte ó Estado que lles permite participar, a carón deste, na consecución dos seus propios fins, o interese xeral.

Da súa materialización na Lei 30/94, do 24 de novembro, de fundacións e de incentivos fiscais á participación privada en actividades de in-

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil*. En *Revista de Administración Pública*, nº 122, Madrid, 1990, páx.235-256.

terese xeral (en diante Lei de fundacións), falaremos de seguido. Abonde agora a crítica unánime da doutrina na tardanza dos poderes públicos en executar este mandato constitucional. Esta lei datou un período de incerteza en que a diversa lexislación autonómica non abundaba para aclarar conceptos básicos desta figura como o seu réxime fiscal ou o seu funcionamento. Ó mesmo tempo supuxo un punto de inflexión deica o problema que nos ocupa, o posible emprego pola Administración desta institución para os seus propios fins.

b) A finalidade da institución: o dereito de fundación como dereito a participar dos fins do Estado

Tal como se dixo, a configuración legal do dereito de fundación parte, como mandato literal da Carta magna, de que se persiga con esta un «interese xeral», o cal non é unha novidade, dado que sempre se caracterizou por esta finalística. O que si é novo é que este dereito se eleve a rango constitucional; é dicir, se consagre a posibilidade de que un particular estea en paralelo ó Estado e cumpra unha función tipicamente pública, e lle dea as ferramentas legais necesarias para a súa articulación (que se desenvolven a través da citada lei de fundacións, como resultado do mandato do art. 53.2 da CE, que lle garante un contido mínimo e vincula os poderes públicos). Esta afirmación, que logo do período constitucional que levamos percorrido semella obvio, nace sen embargo baixo os auspicios dunhas circunstancias concretas: a crise do Estado de benestar e a transformación do modelo económico.

Predicouse moito ó longo dos anos 80 e sobre todo dende a caída do bloque socialista, a crise do Estado de benestar. Entre os nosos administrativistas, sempre en vangarda, dixo García de Enterría que o papel hegemónico do Estado tiña que lle ceder espacio á sociedade civil porque xa non se podía ocupar de regular por completo as nosas vidas. De feito, segundo el, a vaga de privatización de servizos que ata o momento prestara a Administración en réxime exclusivo ou como factor determinante no mercado corroboran tal cambio. Isto levou a gran parte da doutrina a entender que se ben a intervención exhaustiva dos estados nos distintos sectores económicos –que coñece o seu gran *boom* logo da II Guerra Mundial– estivo xustificada naquel tempo por razón da *obligada solidariedade* estatal, precisa para reflotar economías e estados devastados ou precarios, hoxe xa non ten razón de ser. En opinión de Franch Meneu², xorde esta ampla intervención pola «incapacidade do sector privado nes-

² FRANCH MENEU, J. J., *Las Entidades y Fundaciones sin ánimo de lucro como factor de progreso económico: una tercera vía entre economía de mercado y sector público*. En *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 208, Madrid, 1990, páx. 905-915.

tes ciclos para producir bens ou servicios que non sexan de satisfacción económica inmediata por cada particular», o cal dá razón de ser a estas actividades colectivas en beneficio dos cidadáns³. De aí que servicios que hoxe son públicos comezaron sendo prestados por particulares, e viceversa, polo que en función do que signifique material e estatutariamente este concepto en cada intre valorarémola existencia ou non dun estado que lles procure ós cidadáns o *benestar*.

Considerouse, en definitiva, durante este ciclo económico, que o Estado de benestar tocara ó seu fin e debíalle dar paso a un novo modelo en que a sociedade civil tivese un maior protagonismo. Empregando un símil de Pérez Díaz, prodúcese segundo numerosos autores –e numerosas, dende logo, políticas económicas– un «refluxo do Estado e a súa intervención en beneficio dun fluxo desbordante da sociedade civil». Baseado en correntes sociolóxicas, co seu paralelo xurídico, esta nova «filosofía» considera que o papel de intervención do Estado debe reducirse en beneficio da sociedade, dos particulares en canto tales; e non xa porque o Estado queira senón porque, segundo estes autores, son os propios particulares os que demandan este extremo. Nunha palabra, é hora de que servicios que no século que rematou foran desenvolvidos exclusivamente polo Estado sexan agora xestionados por particulares exclusivamente. Non se trata dunha nova tendencia de autoxestión, senón dun novo *laissez-faire* que lle permita ó mercado copar sectores onde ata agora non podía tirar beneficio económico debido á presenza pública, por máis que os seus defensores o presenten coma unha nova forma de democracia que trata de lles dar maior participación ós particulares. Está subxacente, en definitiva, unha teima de lograr lucro económico por novas vías, e pensouse que cumprindo as funcións que fai o Estado, e son potencialmente rendibles, poderíanse achar novas vías.

Esta construción teórica ten un claro reflexo no plano xurídico: tentar que os mecanismos de participación da sociedade⁴ sexan empregados para lograr estes ou parecidos fins, no mellor dos casos. Trataríase así de instrumentalizar institucións democratizadoras do social (lembremos que a participación é democracia, e nese senso a actividade fundacional enriquece) que deturpen o seu fin para acadar metas económicas. É neste contexto onde debemos situa-la problemática das fundacións como ins-

³ Se ben non pode ser compartida por nós a visión que o autor ten do papel que ha xoga-la empresa no momento actual, xa que entende que a nova solidariedade dos homes virá de man dun termo medio entre o mercado e o sector público, que denomina *Terceiro sector*, empresas sen ánimo de lucro, que cumpran a actividade prestacional do Estado. Dende a perspectiva das regras imperantes na nosa economía de mercado semella quimérico que se avance nesa dirección.

⁴ Participando dos fins xerais mediante as fundacións como se explicou antes.

trumento de xestión de servizos públicos, e as consecuencias que ten esta personificación en relación coa participación dos particulares.

Os suxeitos. O dereito de fundación como dereito de particulares

Cando o artigo 34 CE consagra o dereito de fundación estaba pensando claramente nunha forma de participación dos particulares na realización dos fins de interese xeral que a toda a sociedade importa. O primeiro dato que o pon de relevo é que no borrador da Constitución española, unha das emendas propostas neste artigo⁵ ía encamiñada a facer desta figura posible uso por banda dos poderes públicos, que foi finalmente rexeitada, polo que non podemos entender que esta institución poida ser empregada por estes para a realización de actividades.

Por máis que o art. 6.1 da Lei 30/94, de fundacións, diga que «podrán constituír fundacións as persoas físicas e as xurídicas, sexan estas públicas ou privadas» entendemos, con numerosa doutrina, entre a que destaca Piñar Mañas⁶, que realmente á luz do texto constitucional non cabería o elenco de suxeitos facultados para empregar esta institución recollidos nesta lei. Dito noutros termos, a posibilidade de constituír fundacións non integra o *status* xurídico-constitucional das administracións públicas. A razón para isto é dobre:

Dunha banda a idea de que a Administración non precisa de constituírse en fundación para participar da vida cultural, social ou económica do país porque ela mesma ten o imperativo constitucional de facelo e non precisa dunha figura *ad hoc* que a lexitime; doutra, a existencia dun límite constitucional vencellado á actividade que se realizará no exercicio da potestade organizativa das administracións públicas, idea xa apuntada por Parejo Alfonso⁷ quen di que «as entidades que se creen no eido do artigo 128.2 CE –relativas á iniciativa pública na actividade económica–, poden e deben ter como regra a forma xurídico-privada (...) [pero] as restantes entidades, cunha creación que só pode obedecer ó xa mellor servizo do interese xeral nos termos do 103.1 CE poden e deben adoptar forma xurídico-pública e rexerse, na súa actividade, polo dereito administrativo».

⁵ Sobre as cuestións relativas ós debates parlamentarios a respecto das fundacións no borrador constitucional, vid. VAQUER CABALLERÍA, M., en *Fundaciones Públicas y Fundaciones en Mano Pública*, Ed. Marcial Pons, 1999.

⁶ PIÑAR MAÑAS, J. L., en *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*. REDA, nº 97, 1998 páx. 41-42.

⁷ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., e ORTEGA, L., en *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ariel, 4ª Ed., Barcelona, 1996, páx. 686.

Para outros como Piñar Mañas⁸, malia que non se permita a teor do 34 da Constitución española, constituír fundacións polos poderes públicos, o feito da súa realización non implica necesariamente unha inconstitucionalidade; en consecuencia a Lei de fundacións e as súas posteriores non son para el inconstitucionais. Nós debemos concluír, sen embargo, o contrario; o percorrido anteriormente feito pola natureza xurídica das fundacións serve para recuperar unha interpretación da norma acorde coa súa teleoloxía: ¿non é acaso a fundación un xeito de que os particulares participen co seu patrimonio de actividades que desenvolve o Estado? ¿Non é acaso un modo de protexela filantropía do individuo fronte a unha hipotética anulación desta polo Estado? Se as fundacións sempre supuxeron blinda-la vontade dun particular verbo dun fin loable a que dedicaba o seu patrimonio, ¿ten sentido agora que sexa o propio Estado quen aproveite esta institución, creada para contra-resta-la súa onnipoderosa presenza?

Á vista do concepto de fundación vixente na nosa lexislación parte da doutrina⁹ nunca chegou a explicarse cómo era posible que, atendendo a esta filosofía, o art. 6.1º da Lei de fundacións lles confira poder ás persoas xurídicas públicas para crear fundacións, con carácter xeral –art. 6.4º «agás que as súas normas reguladoras establezan o contrario»-. É un gran paradoxo que a institución que xorde fronte á acción do Estado para garanti-la realización polos particulares do interese xeral fronte ás técnicas empregadas polo primeiro, sexa agora asumida por el para esa mesma finalidade. Existe sen dúbida unha *contradictio in terminis* nesa formulación.

En síntese, a fundación xorde para permitirlle ó cidadán intervir en actividades de interese xeral (educación, cultura, investigación...), ¿acaso a Administración non ten posibilidade de intervir en todo o campo do interese xeral e ten que acudir a unha institución que a habilite para iso? Non só pode, ten, por imperativo constitucional, a obriga de facelo. Piñar Mañas¹⁰ vai máis alá e di que dunha lectura conxunta dos art. 103.1¹¹, 128.2¹² e 34 CE despréndese que «non integra o seu *status* xurí-

⁸ Op. cit., páx. 41-42.

⁹ Da que PIÑAR MAÑAS é principal expoñente

¹⁰ PIÑAR MAÑAS, J. L., en *El Derecho de Fundación como Derecho Fundamental*, en «*Derecho Privado y Constitución*», nº 9, 1996, páx. 170.

¹¹ Este artigo da CE di: «A Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ó dereito».

¹² Este artigo sinala que «(se) reconece a iniciativa pública na actividade económica. Mediante lei poderánselle reservar ó sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente no caso de monopolios e así mesmo acorda-la intervención de empresas cando así o esixise o interese xeral».

dico-constitucional», se ben non se atreve abertamente a decantarse pola súa inconstitucionalidade baseándose en que a Carta magna lle deixa a elección ó lexislador.

Por outra banda, dentro dos órganos de goberno da fundación, o Protectorado cumpre unha función claramente fiscalizadora, dende o poder público, da actividade de goberno do Padroado; daquela, cando a fundación sexa creada por unha administración pública, ¿quen sostén a viabilidade desta figura nestes termos? Verémolo mellor na análise da fundación.

□ Concepto, estrutura e clasificación da fundación

A institución da fundación atópase recoñecida con rango constitucional de carácter fundamental no art.34 da Carta magna: foi desenvolvida na Lei 30/1994, do 24 de novembro, de fundacións e incentivos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral, e está pendente aínda de desenvolvemento regulamentario.

O capítulo I recolle as disposicións xerais e no seu artigo 1º dá unha definición de fundación que lle pon fin á pluralidade de conceptos subxacentes ás distintas regulacións autonómicas, e que terá alcance xeral, e segundo se establece na súa exposición de motivos. Este precepto reza así: «1.- Son fundacións as organizacións constituídas *sen ánimo de lucro* que, por *vontade dos seus creadores*, teñen afectado de xeito duradeiro o seu *patrimonio* á realización de *fins de interese xeral*. 2.- As fundacións réxense pola vontade do fundador, polos seus estatutos e, en todo caso, pola presente lei» (a cursiva é nosa).

Desta definición legal extraemos varias notas sobre a súa natureza xurídica:

▮ *Son organizacións*: a creación da fundación supón a constitución dun ente con personalidade xurídica propia e unha estrutura orgánica determinada que a faga operativa constituída por dous órganos de dirección, o padroado e o protectorado.

▮ *Non teñen ánimo de lucro*: o concepto de fundación é compatible coa obtención de beneficios, pero incompatible co tratamento que destes se dá no eido mercantil.

▮ *Parten sempre da vontade previa dun suxeito* que a crea. O fundador, mediante o acto fundacional, fai normalmente, aínda que non sempre, unha afectación do propio patrimonio a uns fins determinados e decide o rumbo do seu patrimonio así como o fin a que se destina.

▮ *As fundacións teñen un patrimonio* afecto permanentemente para cumpri-lo fin de interese xeral para o que foron creadas. Isto debera significar que non se poderían constituír fundacións sen medios económicos ou patrimoniais que as fixese viables. Este patrimonio en determina-

dos casos consistiría unicamente nun cuántum mínimo para se poñer en funcionamento.

A fundación ha perseguir *fins de interese xeral*, concepto que se aclara no artigo 2º, segundo o cal serán: «de asistencia social, cívicos, educativos, culturais, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para o desenvolvemento, defensa do medio natural ou fomento da economía ou da investigación, de promoción do voluntariado, ou calquera outro de natureza análoga».

Do órgano de goberno principal da fundación, denominándoo *Padroado*, ocúpase o capítulo III da LF. O art. 12.2º establece que «lle corresponde ó Padroado cumprirlos fins fundacionais e administrarlos bens e dereitos que integran o patrimonio da fundación, e manter plenamente o rendemento e utilidade destes». É o encargado de velar por cumprila vontade do fundador, e de que se cumpran con todo os seus mandatos eficazmente –obsérvese a importancia deste órgano verbo da vontade do fundador para a análise posterior da instrumentalización fundacional polas administracións–.

O goberno da fundación complétase, ademais, no capítulo VII, coa figura do *Protectorado*, sobre o cal di o artigo 32.1º que «facilitará o recto exercicio do dereito de fundación e asegurará a legalidade da súa constitución e funcionamento». Prosegue o seu apartado segundo que «o Protectorado será exercido pola Administración xeral do Estado (...) correspondéndolle as seguintes funcións: b) velar polo efectivo cumprimento dos fins fundacionais de acordo coa vontade do fundador e tendo en conta a consecución do interese xeral».

Interesante polo demais é o contido do art. 32.3º, cando sinala que «en todo caso o Protectorado está lexitimado para exercitala correspondente acción de responsabilidade polos actos relacionados no art. 15.2; así como solicita-lo cesamento dos patróns no suposto previsto no art. 16.2.d), e para impugna-los actos e acordos do Padroado que lles sexan contrarios ós preceptos legais ou estatutarios polos que se rexe a fundación».

Este breve exame pon de manifesto, unha vez máis, a verdadeira esencia da institución fundacional. É un mecanismo de acción paralela ó Estado para o cumprimento de idénticos fins. De aí que se permita que o patrimonio que lle dedica a este fin loable sexa respectado e protexido polo propio Estado inda alén da vida do fundador, respectando incluso permanentemente a súa vontade. Polo tanto esta regulación debера se-lo cumio das ansias dos cidadáns pola participación do ben social, e a tal efecto se lles blinda fronte ó Estado, para que con liberdade, poidan obrar.

En canto á tipoloxía, Puig Salellas¹³ establece dende a perspectiva

¹³ PUIG SALELLAS, J. M. *Sobre el concepto de Fundación*. En *AUTONOMIES. Revista Catalana de Derecho Público*. Nº 21, Barcelona, 1996, páx. 33-50.

desta lei unha clasificación¹⁴ das fundacións, compartida por nós, que vai como segue:

a) Fundacións de patrimonio- son as clásicas, que consisten na constitución dun patrimonio afecto a un fin de interese xeral.

b) Fundacións instrumentais- consiste en crear unha fundación cunha estrutura mínima, pero dabondo para organizala, con capacidade relacional para obter fondos que lle dedicar á finalidade de interese xeral. A fundación sería así un instrumento de obtención de recursos que dedicarlle ó fin de interese xeral¹⁵.

c) Fundacións de actividade- nelas a obtención de recursos viría determinada pola súa propia actividade, tendo un funcionamento semellante a unha empresa mercantil¹⁶.

3. A instrumentalización pública da fundación no cumprimento dos fins de interese xeral

Balance das personificacións instrumentais da Administración ata a chegada da técnica fundacional

As personificacións instrumentais que a Administración asumiu ó longo da súa historia foron experimentando paulatinamente formas híbridas que tendían cada vez máis a un réxime por completo subsumido nas regras do mercado. Un proceso que é descrito por Del Saz Cordero¹⁷ dende a transformación de RENFE en 1964, trocándoa en empresa pública ata os nosos días. Logo deste tempo andado cómpre preguntármolos polos resultados que comportaron estas transformacións.

A grande argumentación –para moitos a gran falacia– foi sempre o «mito da eficacia», en palabras de Martín-Retortillo¹⁸. Unha eficacia suposta que radicaba no sometemento da actividade prestacional pública

¹⁴ Clasificación que segue tamén Vaquer nas súas exposicións sobre as fundacións.

¹⁵ Este tipo é cada vez máis empregado polas grandes corporacións financeiras, xa que lles supón vantaxes fiscais dedicarlles beneficios ás fundacións, de xeito que as constitúen cunha dotación inicial, que completan con dotacións en anos posteriores.

¹⁶ A realización de actividades que obteñan beneficios pode levarnos á consideración técnica de lucro, que sen embargo nunca serán dividendos, debendo reverter na propia fundación, como admite o art. 24 LF. A dedicación a actividades mercantís por unha fundación entende PUIG, que se produce interpretando amplamente o artigo anterior en relación cos art. 1 e 2 do Código de comercio.

¹⁷ DEL SAZ CORDERO, S., *La Huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y Críticas*. R.A.P., n.º 133, xaneiro-abril, 1994.

¹⁸ MARTÍN-RETORTILLO, S., «Reflexiones sobre la «huída» del derecho administrativo», en R.A.P., n.º 140, maio-agosto, 1996.

ó dereito privado, producíndose, como acerta a dicir Vaquer, unha «confusión» entre o que é o dereito privado e a empresa privada. Isto sucede afincado na crenza errónea de que por aplicar un ordenamento impropio para a actividade da Administración como é o xurídico-privado van lograr idénticos resultados cós *suxeitos naturais* a que se destina. Sen embargo isto nunca poderá ser así pola esencia mesma da actividade pública, que debe perseguir-la prestación dun servizo público e a satisfacción, xa que logo, dun interese xeral o cal ás veces é incompreensible dende unha óptica empresarial privada *strictu sensu*, que non pode concibi-la realización de actividades que poidan non reportar lucro económico. E velaquí a diferenza esencial entrámbolos ordenamentos: un vai destinado a facilita-lo beneficio económico do seu actor, e o outro –o público– vai encamiñado a satisfaca-las necesidades sociais a que se ve afectado.

De aí que sempre fora predicado polos detractores o emprego de formas xurídico-privadas para a xestión das actividades públicas, que o único que se conseguía era unha mingua de controis sobre a organización da actividade, e das garantías a que constitucionalmente os cidadáns temos dereito, ó se blinda-la personificación de sincretismo –pois a publicidade, e polo tanto o control, son principios contrarios ás normas de mercado– e liberdade absoluta –propia da empresa capitalista– para organizar e dispoñer dos recursos e formas por banda dos poderes políticos correspondentes que estiveren á fronte destas persoas xurídicas. O que arrastra tamén a posibilidade de caer con maior facilidade na arbitrariedade, esta vez si que atinadamente inconstitucional *ex art. 9 CE*, e en todo caso, supón un retroceso nos logros que no aspecto de garantía de calidade de emprego e dereitos posuían os traballadores destas entidades, que pasaron en moitos casos de status funcional a laboral, como quedou patente na Lei 30/1984, de medidas para a reforma da función pública.

Dende aquí podemos xa tirar unha conclusión provisional: as formas instrumentais operadoras ata agora non se manifestaron idóneas para o cumprimento dos seus fins –da contra non seguiríamos a buscar novas personificacións, *máis eficaces*, e pola contra si supuxeron, como vemos, unha mingua nos dereitos dos cidadáns á transparencia da xestión que lles é recoñecida constitucionalmente, así como ós derivados da función pública así mesmo consagrada, e que se ve reducida cada vez que asistimos a un novo episodio de formas xurídico-privadas na Administración.

Todo o dito tennos que levar, polo demais, a outra reflexión. Aínda que non se atope a fórmula ideal, semella ser unánime a voz que reclama a necesidade de xestiona-los servizos que presta a Administración con maior eficacia; consideramos, con Piñar Mañas, que «a preten-

dida esclerotización da actividade administrativa non é en absoluto produto do dereito administrativo en canto ordenamento xurídico supostamente ralentizador de calquera obxectivo que se lle poña en fronte (...) é máis ben froito do *emprego patolóxico* do dereito administrativo». Tal vez o erro está en seguir pensando que para unha mellor xestión teremos que seguir explorando o universo xurídico-privado. É momento de preguntarse que as novas formas de xestión da actividade pública se realicen con sometemento ó ordenamento público, e buscar novas vías dentro do dereito administrativo, e non agardar que a evolución do sistema xurídico, alentado polos dictados da economía adopte novas formas empresariais para tentar inutilmente que o público se meta nun corsé que non é o seu.

❖ O emprego pola Administración de distintas personificacións instrumentais

Dende que o Estado asume a realización de actividades de servizo público entra na controversia de cómo debe organizala súa Administración para levar a cabo esta xeira, xa que difire substancialmente de calquera estrutura administrativa que posúa con anterioridade. Facendo uso da súa potestade organizadora, ó longo da historia vai probando distintos xeitos de realiza-lo seu cometido coa maior eficacia e orde posible. Isto leva a que, sobre todo dende os anos 40, momento dunha pronunciada intervención do Estado polas urxentes necesidades sociais, se lles vaian adoptando personificacións xurídicas novas ás tradicionais, algunhas delas tomadas do dereito privado.

Todas estas personificacións veñen acompañadas dos respectivos avais normativos que as amparan e que pouco a pouco se van acumulando. Ante esta confusa situación constitúe un punto de inflexión importante a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (LOFAXE), que derroga integramente a Lei de entidades estatais autónomas (LEEA), do 26 de decembro de 1958, así como os artigos 4 e 6 (apdo 1.b e 5) do texto refundido da Lei xeral presupostaria (TRLXP), aprobado por RD lexislativo 1091/1988, do 23 de setembro.

Entre as novidades que incorpora a LOFAXE atopámo-la pretensión, en certo modo ideal, de acouta-las posibles personificacións xurídicas que pode adopta-la Administración pública para o cumprimento das súas actividades, recollida no seu título III baixo a rúbrica de «Organismos Públicos». Alí contense o réxime xurídico xeral das entidades instrumentais na Administración do Estado, deixando inaplicables a LEEA e a TRLXP.

A **tipoloxía** á que se reducen os organismos públicos segundo a LOFAXE son:

a) Os organismos autónomos, que «se rexen polo dereito administrativo e se lles encomenda, en réxime de descentralización funcional e en execución de programas específicos da actividade dun ministerio, a realización de actividades de fomento, prestacións ou de xestión de servizos públicos» (art. 45.1).

b) As entidades públicas empresariais, ás que se lles encomenda «a realización de actividades prestacionais, a xestión de servizos ou a produción de bens de interese público susceptibles de contraprestación» e que se rexen polo dereito privado, «agás na formación da vontade dos seus órganos, no exercicio das potestades administrativas que teña atribuídas e nos eidos especificamente regulados para elas nesta lei, nos seus estatutos, e na lexislación orzamentaria» (art. 53.1 e 2).

En canto á súa creación, o artigo 61.6 da LOFAXE sinala que se especificará:

- tipo de organismo público que se crea,
- os fins xerais que persegue,
- a adscrición ó ministerio ou organismo correspondente, e
- as peculiaridades do réxime de persoal, contratación, patrimonial e fiscal.

O seu anteproxecto deberá conter, ademais, unha proposta de estatutos e un plan inicial de actuación.

Para Morell Ocaña e Ruíz Ojeda¹⁹ esta redacción da LOFAXE constitúe «unha auténtica *chamada á orde* no contexto dunhas preocupacións máis amplas de reordenación do sector público estatal»; é dicir, o lexislador, consciente da pluralidade indeterminada de formas que adopta a Administración decide marca-los límites que esta non poderá superar. Vese claramente a intención limitadora no requirimento de ter que se crear *por lei* estes instrumentos públicos.

Non obstante debemos ser conscientes de que cando a LOFAXE configura o seu título III deixa patente a súa vontade de non avance indiscriminado nas personificacións instrumentais, por máis que a sistemática da lei lles abra portas nesgadas a outras interpretacións.

Fronte a este afán integrador da LOFAXE, amósase posteriormente outra tendencia que se manifesta na habilitación xenérica polo lexislador para a creación de entidades instrumentais, exceptuadas tanto do réxime xeral visto coma da propia necesidade de seren constituídas mediante lei. Tal é o caso da Lei 15/1997, do 25 de abril, sobre xestión e administración de servizos sanitarios, que teremos ocasión de comentar.

¹⁹ MORELL OCAÑA, L. e RUÍZ OJEDA, A., *La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el derecho público*, en *MANUAL DE FUNDACIONES*, VV.AA., 1999, páx. 258-259.

Para Vaquer Caballería²⁰ malia os intentos da LOFAXE, a súa propia configuración deixa expedita unha vía para seguir regulando novas formas sen control lexislativo. Así –di este autor– se ben «establece unha clasificación pechada dos organismos públicos en organismos autónomos e entidades públicas empresariais, o que debera significar en principio que non cabe un *tertium genus* na organización pública instrumental do Estado (...) a propia lei pon de inmediato de relevo o seu –en palabras de Parejo Alfonso– «desfalecemento» no impulso de racionalización e disciplina do sector público estatal, ó excluír parcialmente do sistema creado a organización da Seguridade Social».²¹

☞ A fundación como nova forma instrumental ó servizo do interese xeral

☞ *As fundacións en man pública*

A utilización da técnica fundacional pola Administración pública que de contado pasamos a analizar, non é nin con moito unha nova achega do sistema organizativo español, xa que existen referentes semellantes no dereito comparado.

Un dos máis desenvolvidos e palpables é o existente no Reino Unido, que coñece, para o eido sanitario, dunha personificación, o *Hospital trust*, que é tomada por Vaquer Caballería como un claro precedente das nosas fundacións, particularmente no eido sanitario. Esta institución, o *trust*, de gran raiceira no dereito anglosaxón, consiste nun patrimonio afecto a un fin determinado por vontade de quen o constitúe, en definición de Alcaraz Varó e Hughes²². Este fin pode ser de interese privado ou público, e neste último caso, cando lles responde ás denominadas *charitable purposes*, é cando atopamos unha similitude grande coa fundación española, xa que estamos perante un patrimonio afecto a un fin de interese xeral, aínda que no seu réxime xurídico teña notables diverxencias verbo da nosa regulación.

Outro sistema de personificación instrumental que pode presentar evidentes analoxías coas nosas fundacións é o recollido no sistema brasileiro. Entende Carvalho Pimenta²³ que se produce a descentralización

²⁰ VAQUER CABALLERÍA, M., en *Fundaciones Públicas y Fundaciones en Mano Pública*, Ed. Marcial Pons, 1999, páx. 91-93.

²¹ Estase a referir á disposición adicional sexta da LOFAXE, que establece un réxime propio para determinados eidos das entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social.

²² No seu *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-Español, Spanish-English*. 5ª Edición, Barcelona. Ed. Ariel, 1995.

²³ CARVALHO PIMENTA, E., «As empresas públicas e os crimes contra a Administración Pública», en *Revista da Procuradora Geral do Estado*, nº 10, 1977, páx. 305.

de servicios porque é máis eficaz a xestión suxeita ó dereito privado. Así, son creadas pola Administración nun primeiro momento as *fundacións autárquicas*, para minora-la burocracia presente nos sistemas tradicionais de xestión, atribuíndolles potestades públicas. Pero o problema persiste, e a *longa manus* do Estado imponlles igualmente restricións de control e fiscalización, polo que se idea un novo tipo instrumental: as *fundacións paraestatais*. Estas están sometidas case totalmente ó dereito privado, dotadas dunha inmensa autonomía administrativa e financeira e conformadas por persoal disciplinado en réxime laboral. Non obstante esta evolución, o pouco control que o Estado posúe sobre elas fai que na práctica se confundan ambas e se dean situacións que mesmo semellan híbridos das anteriores.

Inspirándose nestes modelos a prol da tan desexada «eficacia da xestión» que teoricamente lle achega o dereito privado á actividade administrativa, o lexislador español tentará construí-lo réxime xurídico de fundación pública.

Malia considerarmos, como xa foi exposto, que o art. 34 CE non recolle a posibilidade de configurar legalmente a fundación como unha institución a disposición das administracións públicas, o certo é que o lexislador non o entendeu así nin, consecuentemente, a Lei 30/1994, do 24 de novembro, de fundacións, que posibilita no seu artigo 6º 1 a creación de fundacións por «persoas físicas e xurídicas, sexan estas públicas ou privadas», con carácter xeral: «as persoas xurídico-públicas terán capacidade para constituír fundacións, agás que as súas normas reguladoras establezan o contrario» (art. 6.4).

Sentada esta afirmación, cómpre distinguirmos varios supostos fundacionais de natureza pública apuntados pola doutrina:

1. Fundacións constituídas por entidades públicas e terceiras persoas privadas físicas ou xurídicas: a Administración é aquí un fundador máis que colabora para acadar un fin de interese xeral (definición de Piñar Mañas).

2. Fundacións constituídas exclusivamente por entidades públicas: falamos de fundacións sometidas ó dereito privado, non ó administrativo, por máis que se lles chame, comunmente²⁴, «fundacións públicas». Son as que Vaquer denomina *fundacións en man pública*²⁵.

²⁴ Así, SANTAMARÍA PASTOR, A., en *Principios de Derecho Administrativo*, 1996, pág. 606.

²⁵ Son fundacións strictu sensu, de dereito privado, constituídas polas administracións públicas: se se lles dá a denominación de *en man pública*, é referido non á súa titularidade dominical –que non existe–, senón ó seu control efectivo, ou influencia dominante. Un exemplo evidente desta modalidade preto nosa constitúeo a Fundación-Hospital de Verín.

3. *Fundacións públicas sanitarias*²⁶; trátase dos organismos creados ó amparo da Lei 50/1998, do 30 de decembro, en virtude do seu art. 111.2.

Polo seu especial interese, referirémonos ó segundo grupo, as *fundacións en man pública*, nomenclatura que manteremos para diferencialas dos outros tipos.

☞ *Natureza e réxime xurídico: algúns aspectos problemáticos.*

☞ O primeiro punto que convén abordar é a propia existencia deste tipo de fundacións.

Non estivo exenta esta habilitación de polémica entre a doutrina debido a que, segundo se expuxo, a fundación nace realmente como un instrumento dos particulares para participar dos fins de interese xeral que o Estado ten encomendados. A este respecto moitas voces autorizadas, como Morell e Ruíz²⁷, entenden que na creación de fundacións en man pública non debe verse unha desvirtuación da figura. Antes ben, partindo de que o dereito privado debe ser empregado para a actividade económica privada e dado que a CE lle atribúe á propiedade unha función social, dende o dereito privado tamén se poden cumprir funcións sociais. É por isto que a fundación vale para cumprir funcións de eido público por banda dos entes públicos, dado que non é máis ca unha forma de organiza-lo patrimonio para o cumprimento do seu fin, ademais de atopar laxa xustificación na esixencia constitucional da descentralización funcional²⁸. Por esta razón ven perfectamente legal esta posibilidade, aínda que desnaturalice a fundación. A propósito disto Caffarena²⁹ entende que a constitución de persoas xurídico-privadas por entidades

²⁶ Vaquer distingue este terceiro suposto a carón dos anteriores, precisamente para negalo que nominalmente puidera semellar unha fundación, non o sendo.

²⁷ Ruíz Ojeda, A., máis extensamente en «*Las Fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones*», en REDA, nº 93, 1997, páx. 27 e ss.

²⁸ Op. Cit., 1997, páx. 229.

Distínguen así estes autores entre as técnicas de segregación de recursos patrimoniais afectados ó desenvolvemento de ámbitos competenciais sectoriais da Administración, tres manifestacións fundamentais: a) Organismos autónomos ou administracións institucionais, b) Fundacións especificamente concibidas polo dereito público coma formas de prestación de servizos ou *de mera posesión ou administración de bens*, c) as fundacións constituídas pola Administración ou as súas entidades instrumentais conforme o dereito común ou xeral das fundacións privadas, concluíndo así que as fundacións creadas polo Estado poden ser de 2 tipos: as que van ser Administración pública e as que van ser empresas mercantís (páx. 244), respondendo á clasificación antes exposta en función de se someteren ó réxime xeral da LF, ou ó ordenamento público.

²⁹ En «Comentario al artículo 6», no libro *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, páx. 50.

públicas, como instrumentos para cumprirlos fins de interese xeral a que están obrigadas, non pode ser un medio para que a persoa pública evite as regras que lle impón o seu estatuto, e en todo habería que asegurar que non se empregue como vía –sen ter en conta a eficacia suposta– para descargar competencias que lle corresponden á Administración, e desnaturalizar así a propia Administración e a institución fundacional. Neste tema reflexionan Valero³⁰ e Ocaña se o emprego formal da fundación para a creación de verdadeiras empresas públicas non é unha *deformación* da figura fundacional.

B) Un segundo aspecto problemático é o relativo á natureza do **título habilitador** que lle permite á Administración a constitución de fundacións en man pública. En opinión de Piñar Mañas a regulación que efectúa a LF reconece *de iure e de facto* as *fundacións en man pública*, sen necesidade de autorización ulterior. Igual alcance habilitador danlle Del Saz³¹ e Rivero Ortega³², por máis que opinen, como é consideración xeneralizada, que se desnaturaliza a súa esencia.

Contrario a estas teses é Vaquer³³, para quen a atribución que fai o art. 6.º LF non é máis ca unha atribución de capacidade de dereito privado; coma un suxeito máis, pois é neste campo do privado onde acada a súa máxima expresión a autonomía da vontade³⁴, podendo facer *o non prohibido* pola norma; pola contra, a Administración só pode realizar actividades encamiñadas a un fin concreto: o cumprimento dos fins de interese xeral que a Constitución lle encarga, e polo procedemento e cos medios polas leis establecidos. Ademais, entende Vaquer que a constitución dunha fundación non é un negocio xurídico calquera, senón unha decisión *de orde organizativa*, que implica a *creación dunha persoa xurídica* e a vinculación dun patrimonio a un fin determinado. Polo tanto distinguimos 2 actos distintos:

a) o acto de *orde organizativa*: supón o exercicio dunha potestade pública, que integra a capacidade xurídico-pública da Administración matriz, –e polo tanto é necesariamente de dereito público–. A habilitación para establecer esta sobre a potestade de organización e para regula-la

³⁰ VALERO AGÜNDEZ, U., *La Fundación como forma jurídica para empresas del sector público*, en Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, Vol. I, páx. 283 e ss.

³¹ DEL SAZ CORDERO, S.: *Las Fundaciones en el ámbito universitario. Autonomías*. R.C.D.P., nº 23, xuño 1998, páx. 29 e ss.

³² RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

³³ Op. cit., páx. 40-42.

³⁴ Así o recolle, sobre a figura da fundación, o preámbulo da Lei 30/94.

súa forma de exercicio correspóndelle á lexislación estatutaria das administracións públicas.

b) O acto de *habilitación organizadora*, suposto do art.6.1, que a única capacidade que outorga é para, unha vez dada a orde organizativa, poder facer uso dela, na potencia que dá a LF, no propio art. 6., coma un privado máis.

Nesta liña sitúase Parejo Alonso³⁵ que entende que a «aplicabilidade potencialmente xeral» do dereito privado non enerva a «preferente aplicación do dereito público. Determinando este a capacidade xurídica da Administración, a posibilidade da aplicación do dereito privado require sempre e inescusablemente a súa expresa ou implícita previsión ou permissão por aquel».

Á marxe do argumento xa exposto de que a fundación non é concibida pola Constitución para estes fins, entendemos, con estes dous autores, que a «capacidade» que lle outorga a LF non alcanza a conferirles *per se* capacidade ás administracións públicas para a creación de fundacións, e terá que ser unha norma específica quen confira esta forma organizativa, e só despois a LF poderá dar cabida a que a lei que por excelencia canaliza a vontade de participación dos particulares sexa instrumentalizada pola Administración.

X) Outro elemento que debemos subliñar é a **formación da vontade do fundador**, a respecto do cal Piñar Mañas denuncia o feito de que non se faga referencia a ela na LF, no caso das persoas públicas, co que entende é de aplicación o disposto na Lei 30/1992 (reformada pola Lei 4/1999) nos seus art. 22 e seguintes, sobre órganos colexiados e a súa formación da vontade. A razón disto é supli-la ausencia por banda da lei do modo en que debe formarse a vontade dos órganos administrativos, seguramente para evitar incluír nunha lei eminentemente privada como é a LF normas de carácter xurídico-administrativo, lagoa que sen embargo a Lei 12/1994, do 17 de xuño, de fundacións do País Vasco non ten ó integrar este asunto no seu artigo 4.4³⁶. Unha solución análoga á establecida no texto vasco solucionaría este inconveniente, cunha referencia ó mesmo procedemento que necesita, de non se establecer regulación específica, no caso de disposición a título gratuito do patrimonio

³⁵ PAREJO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., e ORTEGA, L., *Manual de Derecho administrativo*, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1998.

³⁶ Este artigo di que «as persoas xurídicas públicas, para constituíren fundacións ou participaren con outras entidades ou particulares na constitución de fundacións, deberán cumpri-lo que as leis ou disposicións polas que se rexan establezan para este suposto e, no seu defecto, as normas para a disposición a título gratuito dos bens ou dereitos que acheguen»

da Administración, que non é senón o regulado con carácter xeral, o dos artigos 22 e seguintes antes mencionados.

Pola contra, entende este autor que non son de aplicación os art. 11 e seguintes sobre formación de órganos administrativos, porque –insiste– as fundacións non son órganos administrativos. Consta así mesmo que se ben organismos autónomos e entidades empresariais, segundo a LOFAXE, deben ser creadas por lei, non sucederá isto coas fundacións, xa que o art. 6 LF faculta as persoas públicas con carácter xeral para crealas, o cal significa que non pode facerse depender do lexislador o exercicio de tal capacidade, pois estariase condicionando externamente unha capacidade, gústenos ou non, xa recoñecida nese artigo 6. Malia que nós consideramos que o devandito artigo non ten alcance de dar capacidade *per se* para creala, polo xa exposto, é certo que se obviámo-la necesidade de autorización de dereito público para facelo, esta lei non será un impedimento para levar a cabo tal tarefa, xa que permite que a Administración, coma calquera outro particular, cree tantas fundacións como teña por conveniente.

Non obstante non se precisa lei, entendemos que a creación destes entes non pode ser levado a cabo por órganos unipersoais, senón só por colexiados. A razón disto é que se organismos autónomos e entidades públicas empresariais deben ser creadas por lei³⁷, as sociedades mercantís deben ser creadas polo Consello de Ministros³⁸, e nos municipios a creación de órganos desconcentrados e descentralizados (estes con personalidade xurídica) correspóndelle ó pleno³⁹, extraemos nunha visión omnicompreensiva da creación de entes personificados, que esta non pode ser acordada por órganos unipersoais, o cal nunha interpretación sistemática da norma debe levarnos a cubrir este baleiro lexislativo coa conclusión de que só os órganos colexiados poden ser suxeitos da capacidade a que se refire o artigo 6 LF e de aí a aplicación dos artigos 22 e concordantes da Lei 30/1992.

17) Debemos ter en conta un factor que cobra relevancia engadida como consecuencia directa da natureza pública do fundador. Estamos a referirnos á **motivación administrativa**. Para autores como Piñar Mañas a creación dunha fundación por entidades públicas debe ser, cando menos, *xustificada*, pois con iso altéranse as regras de funcionamento da

³⁷ Como se desprende da letra do art. 61 da LOFAXE.

³⁸ Vid. neste sentido o art. 6.2 do texto refundido da Lei xeral presupostaria, a probado por Real decreto lexislativo 1091/1988, do 23 de setembro.

³⁹ Así o establecen os artigos 22.2.b) da Lei 7/1985, reguladora das bases do réxime local e 132 do Real decreto 2562/1986, do 28 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das entidades locais.

Administración pública, xa que o lóxico é que as funcións de índole pública se desenvolvan por personificacións de dereito público, polo que calquera desviación do réxime xeral merece un exhaustivo razoamento. A isto engádeselle o feito de que a creación dunha fundación subtrae fondos públicos para destinalos a unha entidade de dereito privado. Un particular non ten que xustificar qué fai co seu patrimonio, pero si a Administración, que non ten libre disposición sobre el. Chega a entender Parejo que xustamente este factor é o que, de acordo co art. 103 CE impón esta personificación xurídico-pública⁴⁰. En todo caso vese como mínimo a necesidade de xustifica-lo servizo público prestado mediante esta personificación e a pretendida idoneidade da figura escollida.

¶ A constitución de fundacións por entidades públicas debe estar dotada de **patrimonio** «axeitado e suficiente para o cumprimento dos fins fundacionais» a teor do art. 10 LF, polo que non abonda un mero compromiso de achegas futuras con cargo a orzamentos que non é posible comprometer para exercicios vindeiros. Isto non é contradictorio á clasificación de Puig, dado que en todo caso se esixe certeza na fonte de dotación. Pénsese por outra banda no absurdo de crear unha fundación para dotar un servizo de descentralización e autonomía, e logo termos que inxectar continuamente cartos nela: a Administración non gañaría nesos principios, mentres que os cidadáns perderían en transparencia e controis, xa que a figura fundacional sería unha «cortina de fume» para as contas da realización dese servizo. Todo isto sen prexuízo, claro está, de supoñer unha mingua nas condicións de traballo dos seus asalariados, verbo do mesmo servizo prestado desde un organismo público.

¶ O emprego da figura fundacional pola Administración pública presenta unha cuestión non menos importante cás analizadas ata o momento: isto é, aborda-lo problema da **titularidade** da fundación *en man pública*. É dicir, declarar a quen pertence este tipo de fundación, porque pretender que unha institución creada con capital público e fins públicos non teña titularidade pública esixe, cando menos, un intento de xustificación. Neste intre Piñar Mañas avoga pola «necesaria separación entre a persoa xurídico-pública fundadora e a fundación constituída». Neste senso advirte que cando a Administración crea unha fundación, crea unha persoa independente dela mesma; que non é a Administración, por máis que estea no que este autor denomina «*bloque do público*»⁴¹ e que tampouco é de titularidade da Administración, en cohe-

⁴⁰ Op. Cit., páx. 686.

⁴¹ Categoría en que se engloba, segundo a nomenclatura de PIÑAR MAÑAS, toda personificación que teña orixe pública.

rencia co disposto na propia LF, onde se infire dos artigos 3, sobre a súa personalidade xurídica, onde cómpre ademais diferenciar capacidade para constituír fundacións, recoñecida no artigo 6, de titularidade sobre estas, ou na atribución da titularidade do seu patrimonio a ela mesma, como di o artigo 18 da LF. En consecuencia, os resultados da fundación, bens, etc. son dela, e non da Administración. Isto fai temer fundamentamente que cheguen a enfrontarse a natureza dos bens públicos cos que se dota a fundación co disposto no devandito art. 18 LF, que fala dos bens que constitúen o seu patrimonio, dos que esixe que esta sexa titular, extremo que –cesión de bens á fundación– non sempre é posible.

G) Esta mesma natureza xurídica da titularidade da fundación significa que o **persoal da fundación** o é da fundación, do mesmo xeito que sucede nas sociedades mercantís públicas. Non faltan veces nas que se tenta nutrir irregularmente de funcionarios públicos, coma se traballasen en activo na Administración pública. Insistimos na consideración desta práctica como irregular, por varias razóns;

- non é normal que sendo persoal da Administración pública, presen servicios a unha persoa xurídico-privada independente,
- en todo caso é infracción moi grave conforme o art. 31.1.b) da Lei 30/1984, do 2 de agosto,
- non se pode aplica-lo que di a LOFAXE sobre funcionarios en entidades públicas empresariais porque as fundacións son persoas xurídico-privadas, non xurídico-públicas.

Dende aquí hai que describir en consecuencia o estatuto laboral dos traballadores das fundacións: este verá sometida a súa regulación, en materia de negociación colectiva, e en xeral, verbo das súas garantías e dereitos laborais, ó disposto no Estatuto dos traballadores, non lles sendo de aplicación a situación laboral nin o *status* dos traballadores da sanidade pública; doutra banda, os salarios están en consonancia co tipo de contratación que se realiza, de relación laboral –non estatutaria–, coas vantaxes económicas que para a fundación ten, menos gravosas para ela cáas establecidas nun sistema público convencional, coa presión engadida de someter partes inxentes dos salarios á produtividade, como ocorre no eido sanitario.

H) No eido do seu réxime xurídico, preséntase outro problema: o **exercicio do protectorado** por banda do ente matriz ó fin xeral ó que se adscriba a fundación. Isto é conflictivo porque se mesturan os roles e funcións dos órganos da fundación. En consecuencia, dado que o *padroado* é o exercido polo fundador, ou quen se encargue de cumprila súa vontade fundacional, e o *protectorado* está para velar que se cumpran

en rigor medios e fins de interese xeral –sendo aquí onde *naturalmente*⁴² pesa a Administración pública, que fiscaliza o labor do padroado–, se a persoa que constitúe a fundación é a Administración pública, esta controlará, como fundadora, a vontade do padroado e, como Administración, o protectorado, co cal se fiscalizará moi prudentemente a si mesma. Desvirtúase a dualidade de órganos de goberno da fundación. Neste punto é onde a doutrina fala con máis forza e unanimidade da *desnaturalización* da estrutura da fundación: deixa de ter sentido configurar dous órganos distintos cando en ambos estarán sentadas as mesmas persoas, e teñen como función fiscalizarse o labor que desenvolven eles mesmos cando se sentan na cadeira de brazos realizando tarefas diferentes.

¶ En canto á **extinción** da fundación creada por unha entidade pública responde ós mesmos casos que se recollen no Código civil (art.39) e na LF (art. 29 e 30). Temos que ter en conta, a este respecto, unha idea: que non abonda a mera vontade do padroado, nin sequera do fundador, se non consta así nos estatutos.

Isto é así porque a Administración crea unha fundación, pero unha vez feito isto, a fundación non é da súa propiedade; ten personalidade absolutamente diferenciada. Non pode acordar sen máis a súa extinción. Incluso, chega a dicir Piñar, é dubidoso que se poida facer (a extinción) por lei, pois o art. 34 CE impón que só se poidan disolver por resolución xudicial motivada.

A taxación de causas de extinción, alleas ás propias necesidades da Administración, é un fenómeno que efectivamente pon de relevo a irregularidade da figura fundacional do ámbito público. Efectivamente, se o motor para dota-la Administración pública deste instrumento é a súa potestade organizadora, para desenvolve-los fins que a Constitución lle encomenda, carece de sentido que logo precisamente unha figura instrumental lle impida seguir a utilizar esta potestade. E isto é o que pasa coa fundación, que unha vez creada ten personalidade propia, e as normas polas que se rexe non permiten que as necesidades da Administración poidan extinguilas, por máis que representen o interese xeral.

¶ Por último, a **liquidación** da fundación *en man pública* non presenta problemas, pois o art. 31 LF faculta que o líquido reverta nas administracións públicas, para proseguir igual fin público có da funda-

⁴² Dicimos aquí *naturalmente*, porque conforme a configuración legal da fundación o protectorado está formado preminentemente por membros da Administración pública que fiscalizan a dirección que da fundación en cuestión fai o padroado.

ción, polo que é perfectamente lóxico que estableza na constitución desta que o resultado da liquidación reverta na mesma administración que a creou.

Incardinado nestas cuestións está a inevitable pregunta de qué alcance práctico ten disertar sobre estes extremos de natureza pública ou privada das fundacións *en man pública*; a resposta é clara cando miramos, por exemplo, o caso das responsabilidades derivadas do funcionamento da fundación, ¿quen responde aquí? A lóxica exposta e defendida polos que cren na corrección desta personificación no plano teórico non teñen reparo en dicir que sometela ó ordenamento privado é sen dúbida, *mellor*, por máis eficaz. Pero nesta cuestión gardan silencio: e gárdase silencio porque a realidade é que sexa cal fo-la personificación escollida pola Administración, a súa soa presenza nos órganos de goberno desa entidade determina unha responsabilidade última da Administración no proceso de que se trate. Así, por exemplo, na Fundación «Hospital de Verín», o máximo responsable do padroado é o conselleiro de Sanidade, igual ca no MEDTEC⁴³, se ben non son formas instrumentais idénticas; e un conselleiro non é outra cousa ca un titular da Administración pública.

Así, nun xuízo sobre responsabilidades por danos causados por unha institución destas características sería perfectamente factible atopala Administración pública como demandada⁴⁴. Esta hipótese pon de manifesto, coma ningunha outra, a ambigüidade do réxime xurídico ó que se lles somete ás fundacións: por unha banda elúdense controis sobre a súa actividade, contas ou contratación, ó amparo do ordenamento das fundacións, e pola outra, paradoxalmente, á hora de responder pola súa propia actividade, daquela o seu réxime público e os custos son asumidos polos orzamentos da Administración.

Balance global sobre a idoneidade da figura fundacional *en man pública*

Co apuntado ata agora estamos en condicións de afirmar que a fundación non é unha institución apropiada para cumprilo fin de prestar un servizo máis eficaz na actividade prestacional que leva a cabo a Administración, e que polo tanto esta desviación da actividade da Administración cara ó mundo do privado non está xustificada, razón pola cal

⁴³ Siglas do Instituto de Medicina Técnica de Galicia.

⁴⁴ Información elaborada a partir da documentación achegada polos servizos da Confederación Intersindical Galega –CIG-Sanidade–, e Manuel Martín, traballador do Servizo Galego de Saúde (SERGAS) e voceiro da Plataforma Galega pola Sanidade Pública.

entendemos que se produce un novo capítulo no fenómeno cuñado xa hai tempo por Clavero denominado *fuxida da Administración do dereito administrativo (e do dereito privado, engadiriamos nós)*. Non obstante, consideramos preciso analiza-la *idoneidade* da fundación como medio para o fin da Administración.

En tal sentido debemos sinalar que na figura da fundación tres son as contradicións que impiden levar a cabo a súa función en nome dos poderes públicos:

Λ) O aspecto teleolóxico: o fin de interese xeral.

A Administración ten acoutadas pola LOFAXE as formas de personificación para cumprimento dos fins de interese xeral. Sen embargo, na praxe o art. 6 LF é unha habilitación a maiores e á marxe da LOFAXE que desnaturaliza a fundación, porque como vimos, a fundación está chamada a cumprir fins de interese xeral, pero non polo Estado, senón precisamente á marxe del. Ademais disto, autores como Vaquer van máis alá e entenden que a LF prohibelles, en puridade, ás administracións facer isto, xa que o art. 2.3 LF, malia a súa confusa formulación, di que as fundacións non poden servi-los intereses dos propios fundadores.

Parada⁴⁵, pola súa banda, di que as fundacións son un xeito de servizo privado de funcións públicas.

Do anterior temos subxacentes dous xeitos de ve-las fundacións: como participación da sociedade civil na actividade propia do Estado (Parada), visión que como xa manifestamos entendemos que é a que máis se axusta á teleoloxía constitucional, ou como instrumentalización por banda do Estado coma unha nova forma de dereito privado da *res publica -do estatal*, en palabras de Vaquer-, que vén supoñer un avance a maiores na personificación que foxe dos controis públicos. E é que a fundación non pode cumprir ben os fins de interese xeral encargados pola Administración, porque non está pensada para iso. Válelles ós particulares, en que a disposición patrimonial para estes fins atopa incentivos para o seu labor, e controis para a súa non desviación. Pero non vale para que a Administración cumpra tales fins, porque a lei non deseñou un sistema para incluí-los principios cos que ten que actua-la Administración, por máis que a inclúa como suxeito constituínte desta. Isto non debe levarnos a pensar, en troques, que a fundación non é un bo medio para realizar fins de interese xeral; éo, pero para os particulares. En consecuencia, entendemos que a única irregularidade que existe é que sexa a Administración quen o faga, xa que pola estrutura e funcionamento

⁴⁵ PARADA, R., en *Las fundaciones de derecho público*, UNED, Boletín de la Facultad de Derecho, nº 4, 1993, páx. 135-149.

da fundación, vulnera dereitos que a Constitución lles recoñece ós cidadáns verbo do funcionamento da súa Administración.

Dende aquí chegamos a outra encrucillada; se as fundacións se constitúen para fins de interese xeral (art.1 LF), e a Administración pública «serve con obxectividade os intereses xerais» (art. 103.1 CE), podería pensarse que o seu ámbito de actividade é o mesmo, é dicir, ¿podería ser potencialmente encomendada toda a actividade administrativa a unha fundación? Non.

Primeiro, porque toda actividade que comporta un *imperium* ou autoridade pública non pode ser exercida por suxeitos de dereito privado (disp. adic. 2ª da LOFAXE, e art. 15.5 *in fine*, en relación ó 2.2 da LRXAP-LPAC). Se isto é así, e a consideración de doutrina semella pacífica ó afirmalo, ¿cal sería o límite do servizo público que se pode exercer sen ese *imperium*? E quén o vai establecer, ¿o artigo dunha simple lei de contido xurídico privado, sen concorda-lo resto do sistema?⁴⁶

Segundo, porque tradicionalmente a fundación foi empregada polo Estado para actividades pouco relevantes ou accesorias (coleccións, doazóns..) que en ningún caso asumiron a condición de servizo público (vid. Sanidade, as leis comentadas) por este sistema. É máis, tal como sinala Del Saz non se poden xestionar tódolos servizos públicos en xeral porque non houbo máis normas habilitadoras como a Lei 15/1997 para o eido sanitario.

Un problema práctico disto é que semella que cando o dereito privado deixa unha porta aberta (caso do art. 6 LF) dáse unha fuga do público cara ós métodos privados, e só despois se reconduce o público ó seu propio camiño (caso das SA coa Lei de sociedades anónimas e as sociedades públicas mercantís).

0) O aspecto organizativo.

Xa se puxo antes de manifesto a incompatibilidade organizativa da fundación coa Administración, porque non está pensada para ela, e prodúcese un solapamento dos órganos de goberno da fundación, que serán ambos administración pública.

(1) O aspecto patrimonial.

Con independencia de poder asumilos tres modelos de fundación establecidos por Puig con base no tipo de recursos patrimoniais de que dispuxela fundación, é indispensable que dalgún exista un patrimonio cunha titularidade que lle pertenza á fundación para lle dedicar ó fin de

⁴⁶ Non esquezamos que o artigo 6 LF non é máis ca iso, e dende logo semella excesivo o poder que sobre a potestade organizadora da Administración lle confire.

interese xeral. Isto quebra un principio que debe ser observado na Administración pública, e no eido da sanidade pública: a unidade de caixa, entendida coma que todo sae dos mesmos orzamentos e neles debe reverter. Cando unha administración crea unha fundación, non respecta este principio pois achégalle un capital á fundación que é diñeiro público e que lle queda afecto permanentemente á fundación. Pero aínda é máis rechamante o caso de que unha fundación por razón de actividade xere beneficios, xa que non llos pode reverter na Administración matriz, porque a súa propia natureza llo impide. Han quedar sempre na fundación para o fin xeral. Neste senso debemos mencionar de novo as *trusts* inglesas, en que se prevé que a xeración de beneficios se lle destine á Administración matriz para que lle dedique eses recursos ó cumprimento dos fins onde sexa máis preceptivo o desembolso.

○ *Un exemplo práctico: As fundacións sanitarias e a desnaturalización da institución fundacional*

Alleas completamente á polémica doutrinal, atopamos ó noso redor o exemplo máis paradigmático de fundacións instrumentalizadas por administracións públicas, que prestan un servizo público de indubidable importancia, como é a atención sanitaria, que coidamos preciso comentar.

No ano 1996 promúlgase o Real decreto-lei 10/1996, do 17 de xuño, que habilita a Seguridade Social (en diante SS) cara a novas formas de xestión da Sanidade, flexibilizándose así a posibilidade de organizala en modelos distintos do oficial. Ábrenselles así as portas a modelos privados que desandan o camiño de publicación e integración levado a cabo na Seguridade Social nas últimas décadas, recuando o sistema de xestión-intervención directa da sanidade por banda do INSALUD. Esta etapa permite o avance de xeitos de xestión privados, entre eles, obviamente, as fundacións (así o recollía o seu teor literal), co seu conseguinte sometemento a un réxime privado ou que en todo caso mingua controis públicos en prol da eficacia, competencia e eficiencia, modelo que xa se avalaba no *Informe Abril*⁴⁷.

Este real decreto-lei foi validado e convertido en lei, resultando así a 15/1997, do 25 de abril, sobre habilitación de novas formas de xestión do Sistema Nacional de Saúde⁴⁸. O sorprendente desta conversión é que durante a tramitación da lei, producíronse transformacións importantes no seu contido, e destacaron fundamentalmente tres:

⁴⁷ Informe elaborado pola denominada *Comisión Abril*, en 1991, para a análise, avaliación e propostas de mellora no Sistema Nacional de Saúde.

⁴⁸ Vid. BOE do 26 de abril.

a) Declaración do ámbito territorial da lei, ambiguo no real decreto-lei, pasando a ser de aplicación en todo o Estado,

b) Inclusión dunha cláusula de salvagarda do servizo público, deixando claro o lexislador que a reforma é organizativa e non substantiva⁴⁹, coa carga máis ideolóxica ca real de declarar que esta personificación non ía supoñe-lo inicio dun camiño de privatización da Sanidade, ou a súa desafectación como materia declarada de servizo público.

c) Desaparición da alusión literal ás fundacións na redacción da lei, que quedan englobadas na fórmula xenérica de «*calquera entidade de natureza ou titularidade pública admitidas en dereito*».

d) Imposición do desenvolvemento regulamentario⁵⁰ da lei ó Goberno onde teña o Estado competencia na materia (é dicir, onde a competencia non lles estea transferida ás CCAA e estas só poidan facer uso dela unha vez regulamentada polo Goberno español), co obxecto de facela efectiva en todo o territorio estatal.

Esta obra de enxeñería lexislativa descobre os moitos erros que presentaba o decreto-lei e que foron parcheados na tramitación. En todo caso, o resultado desta norma será que a partir de agora permíteselle á Administración a creación de fundacións. Inda así, a doutrina salientou tres grandes cuestións:

1. Cando se fai referencia na lei a «*calquera entidade de natureza ou titularidade pública admitidas en dereito*», hai un erro terminolóxico de vulto, xa que por definición as fundacións non pertencen a ninguén nin teñen polo tanto, titular, ó abeiro da LF. Ademais as fundacións non son de dereito público, senón de dereito privado.

A aceptación desta formulación lévanos a un novo problema. Segundo a Lei 15/1997 non caben fundacións sanitarias nos termos da LF, ¿a que fundacións se refire esta Lei 15/1997? A resposta entende Piñar Mañas que está en que caben fundacións de xestión sanitaria ó abrigo da Lei de fundacións, por exclusión; é a única lei que existe. O que se quere dicir é que a habilitación de formas de xestión indirecta dos servizos sanitarios, a través de entidades privadas, mediante a figura fundacional, só pode facerse botando man da LF. En consecuencia, a Lei 15/1997 racha frontalmente no ámbito sectorial sanitario coa orientación marcada pola LOFAXE, posto que elude o requisito de *lei constitu-*

⁴⁹ Consecuencia dunha emenda do grupo vasco -nº3, BOCG, Serie A, nº8-6, do 9/10/1996, que pedía incluír logo das distintas formas de xestión, o inciso «garantindo e preservando en todo caso a súa condición de servizo público», en sintonía co disposto na LXS.

⁵⁰ O regulamento en cuestión foi o RD 29/2000, do 14 de xaneiro, de novas formas de xestión do Sistema Nacional de Saúde, que *infra* se comenta.

tiva, que é substituído por *acto de creación da fundación*, xa que abonda un acto do executivo⁵¹ que establecerá as garantías de controis e as peculiaridades en materia de persoal. Consciente o Goberno deste feito, viuse obrigado a incluír na Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, no artigo 111 a regulación das chamadas «fundacións públicas sanitarias», que non pretenden ser outra cousa que a adaptación ó eido sanitario das entidades públicas empresariais previstas na LOFAXE.

2. Sen embargo, e para demostrala versatilidade da potestade organizadora da Administración, entre o Real decreto-lei 10/96 e a Lei 15/97, fan aparición, ó amparo daquel, dúas fundacións de xestión de centros sanitarios: a Fundación «Hospital Manacor» e Fundación «Hospital Alcorcón»⁵². O acordo polo que se crean fai unha remisión expresa á Lei 30/1994, de fundacións, como réxime xurídico de xeral (sic) de aplicación e á previsión do seu artigo 6. Así é que o problema de cobertura normativa específica para a creación de tales entidades, xa se resolve aquí por vía de resolución administrativa que, en contra do que establecía a disposición final única do RD lei 10/1996 (que a todas luces esixe unha verdadeira norma, como sería un decreto do Consello de Ministros), procede a dictar un mero acordo, é dicir, un simple acto administrativo, que autoriza a constitución e aproba uns estatutos⁵³.

A sorprendente pero certa conclusión que temos de sacar é dobre:

a) Que a Administración atopa na lexislación de fundacións unha canle de saída que o exime dos estrictos requisitos da LOFAXE.

b) Que non precisa de habilitación legal para a constitución de fundacións entendendo que a propia LF é presuposto e canle suficiente para a súa creación. ¿Poderá negar alguén que se produce neste punto unha verdadeira «fuxida» da Administración do dereito administrativo?

É evidente que a LOFAXE se contradí coa Lei 15/1997, circunstancia que se ve delatada cando posteriormente se dicta unha lei (referímonos ó artigo 111 da Lei 50 /1998) que faga a adaptación axeitada que precisa a LOFAXE e así non volver permiti-la saída do sistema que esta deseñou. Daquela, tendo establecida unha regulación de «fundacións públicas sanitarias» que cumpren a función á que estaban chamadas as fundacións

⁵¹ Que segundo o artigo único desta lei terá forma de real decreto, e será dictado polo Goberno do Estado, ou os órganos de goberno das comunidades autónomas, no ámbito das súas respectivas competencias.

⁵² Constitución polo INSALUD acordada polo Consello de Ministros do 22 de novembro de 1996.

⁵³ Vid. BOE do 6 de febreiro de 1997.

coa Lei 15/1997, ¿por que non derrogar⁵⁴ aquilo en que existe contradicción entrambas, é dicir, a propia Lei 15/1997 naquilo que se lle opón ó artigo 111 da Lei 50/1998? ¿Interésalle á Administración ter unha contradicción legal vixente para poder facela valer e executar políticas contrarias ás directrices da LOFAXE? Non evolucionou tanto a sociedade en tan pouco tempo coma para precisar dous híbridos de fundación dos que bote man a Administración (porque non esquezamos que «fundación» nos termos da Lei 15/1997 e en consecuencia do tipo da Lei 30/1994; isto é estrictamente privada, e «fundacións públicas sanitarias», ó abeiro da Lei 50/1998 son personificacións con características distintas). O problema de ter creado fundacións do campo sanitario durante o *interim* que durou a promulgación da seguinte lei, creadora da figura das fundacións sanitarias, poderíase ter salvado sinxelamente coa súa transformación no segundo tipo mencionado. Aínda que isto non sería posible aplicando estrictamente a tipoloxía fundacional que analizamos neste traballo, e que conforme a súa natureza impide que un acto administrativo poida disolver unha fundación. Velaquí a proba dos inconvenientes que *supra* se denunciaban. O executivo, en vez de buscar poñer fin canto antes a esta confusa lexislación e realidade, camiña en sentido contrario. Así, o Real decreto 29/2000 desenvolve regulamentariamente a Lei 15/1997 e a Lei 50/1998, que consagra a coexistencia das fundacións (privadas *strictu sensu*) no eido sanitario, coas fundacións públicas sanitarias, que son distintas das anteriores, cuestión para a que a doutrina non acaba de atopar xustificación coherente.

3. Como se adiantou, a regulación normativa no eido sanitario non remata coa Lei 15/1997. Así a Lei 50/1998, de medidas fiscais, administrativas, e da orde social – máis coñecida como Lei de acompañamento ós Orzamentos Xerais do Estado de 1999–, no seu artigo 111 consagra legalmente as denominadas «Fundacións Públicas Sanitarias», como colofón á mencionada Lei 15/1997.

Dicimos isto porque dunha banda, esta lei bota definitivamente por terra, cando menos no eido da organización instrumental sanitaria, as pretensións da LOFAXE: unha vez máis, as necesidades de xestión de servizos e o interese público (sic), en palabras de Morell, van por diante das chamadas á orde e os intentos de sistematización feitos pola lexislación xeral⁵⁵; tanto é así que o apdo. 11 deste art. 111 deixa a LOFAXE re-

⁵⁴ Incluso baseándonos no principio xeral do dereito de que *Lex Specialis derogat generalis*; é obvio que hai unha formulación específica para as fundacións no eido sanitario logo da Lei 50/1998.

⁵⁵ Lembremos que a LOFAXE ten pretensións sistematizadoras cando simplifica as personificacións instrumentais da Administración en organismos autónomos e entidades empresariais.

legada a carácter supletorio, por tras da regulación específica que para cada caso se estableza por acordo de Consello de Ministros (apdo. 3), co que queda configurada definitivamente, cando menos neste eido da sanidade, unha nova forma de xestión do servizo, dotada, polo demais, de grande autonomía. Isto sucede malia que se xustifique na exposición de motivos como «unha adaptación ó ámbito sanitario das entidades públicas empresariais previstas na LOFAXE», como ben apunta Martín Rebollo⁵⁶.

Doutra banda, verbo do contido substantivo da regulación, tras esta última reforma, temos luces e sombras:

Sombras porque a constitución, modificación e extinción destas entidades será por acordo do Consello de Ministros (lonxe queda aquela LOFAXE que esixía lei para crear personificacións instrumentais), e déixalle a porta aberta á incorporación indiscriminada de persoal de carácter laboral no seu seo (apdos 3 e 5, respectivamente). Co cal isto supón, en parte, unha derrota para o dereito administrativo posto que eleva a rango de lei determinados extremos de dereito privado, propios das fundacións, e que agora se consolidan nesta lei. Podemos falar, neste senso, dunha «fuxida» do dereito administrativo pola Administración ó crear esta figura, por máis que haxa puntos positivos,

Luces porque se definen as *Fundacións Públicas Sanitarias* como «organismos públicos, adscritas ó INSALUD», polo que non son fundacións, xa que estas teñen unha personalidade xurídica independente, e choca a regulación deste artigo coa formulación da LF. Sendo isto así, é un erro denominalas *fundacións*, ademais de estar vetado polo propio art. 3.2 da LF, que prohíbe o emprego desta denominación a toda a que non figure inscrita nun rexistro ó que, por outra banda, estas non poden acceder.

En definitiva, mal que ben, esta lei supón un cambio de rumbo verbo do iniciado nas fundacións hospital de Alcorcón e Manacor. É continuidade en tanto que é descentralización funcional de servizos que se fai mediante unha personificación distinta da Administración, pero varía, aquí radica o cambio, en que a forma habilitada é de dereito público (malia as observacións apuntadas), nun intento de acalalas críticas pola «privatización» da sanidade que viñan postulando algúns sectores políticos e sociais. Isto implica en certa medida a volta a unhas pautas xurídico-públicas na instrumentalización que, aínda que ó noso ver insuficientes, rectifican unha tendencia experimentada na *res sanitaria* moi negativa para o interese xeral, en modo ningún xustificada, dende os parámetros da maior eficacia do sistema privado.

⁵⁶ Martín Rebollo, L., en *Leyes Administrativas*. Editorial Aranzadi, Edición 2000, páx. 675.

Cómpre facermos unha derradeira reflexión neste senso. Prodúcese unha rectificación na técnica fundacional no eido sanitario e recondúcese ó público, en definitiva, porque se considera máis eficaz, máis útil para o cumprimento do interese xeral. Daquela ¿por que subsiste a capacidade para constituír fundacións por banda das entidades públicas? ¿Por que se esta última fórmula conserva as vantaxes panaceáticas das fundacións, na bondade e ausencia de suspicacia da clara armazón dos denominados organismos públicos, mantense a vella fórmula? ¿Por que o RD 29/2000 continúa coa liña abandonada coa Lei 50/1998 e desenvolve, xunto coa regulación das «fundacións públicas sanitarias», a Lei 15/1997, sobre emprego de fundacións como modo de xestión do sistema público de saúde? ¿Non é acaso manter ambas un xeito de ir de novo contra a teleoloxía do título III da LOFAXE que pretendía limitar e modula-las personificacións instrumentais?

É de agardar que todo o espectro fundacional público cambie. Este cambio de rumbo operado introduce matices na utilización da técnica fundacional e recondúcenlle-lo seu artellamento ós puntos expostos ó longo da exposición. Efectivamente, a inconveniencia desta personificación por fundacións debido á ausencia de eficacia, a mingua do control administrativo da xestión de recursos públicos, etc. semellan indicar que este tímido paso reductor ó eido público acabará finalmente por impoñerse na xestión sanitaria, á vista das experiencias e os movementos legislativos e declaracións públicas efectuadas polos altos representantes políticos no eido da saúde.

➤ *Capitulación histórica das fundacións:*

A iniciativa dos particulares fronte ó Estado, a instrumentalización polo Estado para servi-los particulares, o emprego das fundacións para fins particulares.

A iniciativa dos particulares fronte ó Estado. Como se expuxo neste traballo, xorde a fundación cun fin claro: posibilitar que os particulares participasen da realización de actividades de interese xeral: darlles unha canle para poderen colaborar dunha xeira que ó Estado lle corresponde naturalmente. Ese espírito cremos que é o que se plasma na Constitución de 1978, e o que se debería de ter desenvolvido legalmente.

A instrumentalización polo Estado para servi-los particulares. Malia non considerármolo posible, cunha pouco brillante arquitectura xurídica, partindo da potestade organizadora, e de cara a cumprí-los fins de interese xeral que impón o 103 CE, polo principio de descentralización, e malia o que diga a LOFAXE, atráese do ordenamento xurídico-privado a fundación para pretender face-la súa xestión máis eficaz.

O emprego das fundacións para fins particulares. Varios son os argu-

mentos que apoian esta afirmación, sintetizados pola doutrina nos seguintes:

En primeiro lugar, é moito máis barato contratar persoal para unha fundación ca para a Administración: isto non aumenta a eficacia do servizo: en todo caso a precariedade do emprego tenderá a empeorala.

Os métodos de contratación da fundación son moito máis arbitrarios cós da Administración, por máis que lles engadámo-la postula de «conforme os principios de capacidade, mérito...», co que se pon en perigo a calidade do persoal da fundación.

En moitos casos o complemento de produtividade verbo da base salarial chega a ser realmente desproporcionado, co cal se estimula unha simple celeridade nos profesionais, que non garante o seu óptimo rendemento, senón a cantidade manufacturada.

Evidentemente o réxime laboral sométese a un despedimento moito máis expeditivo ca no sector propiamente público.

En segundo lugar, as perdas que teñan as fundacións non computan como déficit público, co que se instrumentalizamos en fundacións (ou outras personificacións de análogas consecuencias) a meirande parte dos servizos públicos, nomeadamente os que poidan producir perdas, encubrimos un déficit real, que ó non computar danos un tipo nominal moi baixo que nos permite cumprir cos mínimos esixidos na Unión Europea.

Evidentemente isto non obsta para que o Estado lles inxecte cantidades inxentes de cartos a fundacións que teñen perdas⁵⁷, co que na práctica opera con elas igual en materia financeira, pero sen computar déficit, e con outro zumento aliciente: a fiscalización de contas da fundación é menor, pois o control parlamentario sobre elas é testemuñal, e só teñen obriga de presenta-los orzamentos da fundación, por máis que se sometan a auditorías e outros controis máis indirectos.

En terceiro lugar, quen responde patrimonialmente en último caso, como vimos, é a Administración, co que se produce o paradoxo de que para evadir controis e dispoñer do patrimonio e contratos, daquela, as fundacións son privadas e autónomas; cando as contas non cadran, entón a fundación ten natureza pública. A doutrina presenta sempre neste punto que postos a movernos no dereito privado o fagamos con tódalas consecuencias, e se unha fundación ten perdas ou responsabilidades patrimoniais, as pague dos seus fondos. No suposto de chegar a ter unha situación de déficit insostible, significaría que esa personificación non cumpriu o fin para que se creou e debe ser polo tanto, liquidada (ex-

⁵⁷ Caso do Hospital de Verín, ó que no primeiro ano houboselle de inxectar tanto capital como lle fora dotado en patrimonio: arredor de 100 millóns de pesetas.

tremo que, por certo, vimos que hoxe co teor literal da CE e a LF é imposible⁵⁸). En definitiva, a doutrina reclama que se asuma a responsabilidade de traballar con esta institución, no caso de facerse.

4 Conclusións

1. A fundación é a canle democrática e altruísta pola que os cidadáns poden participar da realización dos fins de interese xeral en paralelo ó Estado. Esta institución blindo a súa acción.

2. A Administración non pode adoptar formas instrumentais indiscriminadamente, pois a LOFAXE así llo limitou, e debe respectar ese contido.

3. Dende unha perspectiva netamente constitucional, a interpretación conxunta e sistemática dos artigos 34, 103 e 128 da Constitución española lévanos á imposibilidade de aplica-la figura fundacional pola Administración pública.

4. O emprego da fundación pola Administración pública supón o sometemento ó dereito privado de parcelas onde debe estar claramente o réxime público, debido á afectación que nese suposto se fai de dereitos da cidadanía consagrados na Constitución, que van dende o réxime de transparencia na xestión á garantía da concorrencia en pé de igualdade á función pública e á obxectividade e á imparcialidade da actuación administrativa.

5. O ordenamento xurídico-privado está pensado para relacións económicas privadas baseadas na acumulación de capital. Por iso sucede que ás veces as súas normas non comprenden que a satisfacción de necesidades de interese público poidan ter resultados antieconómicos, e faise preciso que este réxime sexa corrixido polo dereito público de acordo coa satisfacción destas necesidades.

6. O réxime fundacional fai precarias as condicións de traballo dos seus empregados en relación cos seus compañeiros/as dos servicios do sector público.

7. Entre todo o anteriormente exposto e a eficacia da xestión do servico público non hai ningunha relación: un servico non é máis eficaz por se prestar sometido ó réxime fundacional.

8. O emprego desta técnica instrumental nos termos en que se está a levar a cabo constitúe unha clara fuxida da Administración do dereito

⁵⁸ Agás que se incluíse como causa de disolución específica ou indirectamente por imposibilidade de cumprilo interese xeral para o que se creou.

administrativo cara a un ordenamento xurídico, o privado, que non se adapta ás súas necesidades, e que con todo, está condenado a fracasar como forma de xestión dos servizos públicos.

9. Deberíase explorar a creación de novas formas de xestión dos servizos públicos máis eficaces, pero construídos dende o dereito público, cuns sistemas de control áxiles e transparentes que fagan os servizos eficientes, e que optimicen os recursos de que dispoñemos. ■

Bibliografía

- ALCARAZ VARÓ e HUGHES. *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-Español, Spanish-English*. 5ª Edición, Barcelona. Ed. Ariel, 1995.
- BALLESTEROS MOFFA, Luís Ángel. «El régimen de embargabilidad de las distintas clases de fundaciones». Comunicación para o XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 8 a 10 de outubro de 2000.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. «El papel de las asociaciones y fundaciones como respuesta a las necesidades sociales», en *Documentación Social*, nº 103, Madrid, 1996. páx.189-202.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge, en «Comentario al artículo 6», no libro *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales, Escuela Libre*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, páx. 50 e ss.
- CARVALHO PIMENTA, Eurípedes, «As empresas públicas e os crimes contra a Administração pública», en *Revista da Procuradora Geral do Estado*, nº 10, 1977.
- CASARES MARCOS, Ana Belén, *La naturaleza jurídica fundacional de las Cajas de Ahorros españolas y su inclusión en el «tercer sector»*.
- FRANCH MENEU, José Juan, «Entidades y Fundaciones sin ánimo de lucro como factor de progreso económico: una tercera vía entre economía de mercado y sector público». En *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 208, Madrid, 1990, páx. 905-915.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil». En *Revista de Administración Pública*, nº 122, Madrid, 1990, páx.235-256.
- MORELL OCAÑA, Luis e RUIZ OJEDA, Alberto, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el derecho público», en *Manual de fundaciones*, vv.aa.,1999. páx. 222-269.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*. Editorial Aranzadi. Edición 2000.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, «Reflexiones sobre la «huída» del derecho administrativo», en R.A.P., nº 140, maio-agosto 1996, páx. 25 e ss.
- PARADA, Ramón, en «Las fundaciones de derecho público», UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 4, 1993, páx. 135-149.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, e ORTEGA, Luís, en *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ariel, 5ª Ed., Barcelona, Ariel, 1998.
- PIÑAR MAÑAS, Jose Luís, «El Derecho de Fundación como Derecho Fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, nº 9, 1996, páx. 170 e ss.
- «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones». REDA, nº 97, 1998, páx. 37-63.
- Tercer sector, sector público y fundaciones. Comunicación para o XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 8 a 10 de Outubro de 2000.
- PUIG SALELLAS, Josep M. «Sobre el concepto de Fundación». En *AUTONOMIES. Revista Catalana de Derecho Público*. Nº21, Barcelona, 1996, páx.33-50.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones Públicas y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- RODRÍGUEZ SEDANO, Manuel. «La fundación en momentos de redefinición: descentralización, eficacia y calidad», en *Actualidad Administrativa*, nº 48 Madrid, 1998, páx. 1077-1085.
- RUIZ OJEDA, Alberto. «Las Fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones», en REDA, nº93, 1997, páx.27 e ss.

- SÁNCHEZ RIVERA, Ricardo. «La conceptualización del tercer sector solidario o filantrópico en España». Comunicación para o XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 8 a 10 de outubro de 2000.
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso, en *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia, «La Huída del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y Críticas». R.A.P., nº 133, xaneiro-abril 1994, páx. 57-98.
- «Las Fundaciones en el ámbito universitario. Autonomies». *Revista Catalana de Dret Public*, nº 23, xuño 1998, páx.29-52.
- SIMPOSIUM INTERNACIONAL: FISCALIDADE, MECENADO E PROMOCIÓN CULTURAL. VV.PP. Actas pendentes de edición. Santiago, 17 e 18 de novembro de 1999.
- VALERO AGÚNDEZ, Urbano, «La Fundación como forma jurídica para empresas del sector público», en Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, Vol. I, páx. 283-313.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, en *Fundaciones Públicas y Fundaciones en Mano Pública*, Ed. Marcial Pons, 1999.
- VV.AA. «Administração Pública, seus serviços e Fundação governamental», en *Fundações e Direito*. 3º sector. Brasil, 1988, páx. 344-377.

A EXTENSIÓN DA ACTIVIDADE PÚBLICA E AS ESIXENCIAS DO CONTROL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DAS FUNDACIÓNS PÚBLICAS

Francisco J. Constenla Acasuso

Consello de Contas de Galicia

Esta achega abórdase desde a perspectiva do suxeito de control, referíndonos concretamente ó desempeño daquelas actividades que na modernización do sector público xorden como novas, ou cando menos, supoñen a versión actualizada da prestación dun servizo público, de forma que se acode a unha nova institución remodelada para a súa provisión. O inventario de argumentos que se aducen a favor desta opción é múltiple e variado e enche as páxinas da literatura especializada en materia de control, onde fundamentalmente se defende a posibilidade de lle traslada-los criterios de eficiencia económica do sector mercado ó de non mercado. O certo é que no intento ampliouse notablemente o ámbito da provisión dos bens e servizos públicos cara a fórmulas organizativas distintas das tradicionais, que forman xa, con naturalidade, parte do acervo común dos estudos especializados. A contratación externa co sector privado para producir bens que serán subministrados con financiamento público, as concesións de infraestruturas, a competencia simulada, o fomento da competencia pública a través da creación de mer-

cados internos dentro da Administración, as avaliacións da eficiencia relativa a través da análise de fronteira, o recurso ós vales públicos ou a concesión de licencias, permisos ou cotas, constitúen exemplos do intenso proceso «modernizador» ó que estamos asistindo.

Neste sentido, non debemos esquecer que nos últimos tempos o poder executivo potenciou estratexias destinadas a eludi-los controis financeiros rigorosos, trasladándolle unha parte importante das súas operacións ó sector privado mediante técnicas de fuga orzamentaria, de ocultación de cargas financeiras futuras, e incluso, acudindo a prácticas de contabilidade creativa. Con todo, a persistencia da figura do administrador en vez da do xestor por imposibilidade técnico material de proceder á súa substitución, xa que este último aínda se ve obrigado a respectar-las limitacións das cantidades asignadas na correspondente partida orzamentaria, supónlle un freo á extensión da actividade pública pero tamén afasta a súa actuación dos niveis mínimos de eficiencia.

Un caso ben coñecido dos comportamentos anteriores constitúeno as fundacións, institucións clásicas en que recentemente se fixou a Administración para a provisión á comunidade de diversos bens e servizos que tradicionalmente estaban no ámbito da función pública. Apélase a argumentos de racionalidade, eficacia e eficiencia para xustificala necesidade de prover distintas actividades a través de fundacións e sociedades públicas que se desvinculan así parcialmente do ámbito estricto da Administración pública respecto da súa xestión, pero tamén e, o que é máis grave, do control.

A tendencia é bastante xeneralizada e, particularmente no ámbito de actuación do sector público galego, abarca tanto actividades que tradicionalmente se consideraban de fomento, coma as destinadas a favoreceren o desenvolvemento económico ou a promoveren actuacións comerciais e turísticas, desde logo, afastadas do mercado e incluso da hipotética posibilidade de creación dun virtual. O feito é particularmente evidente no caso das sociedades públicas, dependentes en gran medida das axudas para garanti-lo seu funcionamento, e dos institutos técnicos e fundacións públicas que poden comportarse como mero apoio institucional de carácter instrumental para a prestación dos servizos públicos. Dá a impresión de que, por non existir unha cobertura legal adecuada para o desempeño da función pública, estanse creando no ámbito galego unidades de xestión en forma de entes públicos (Portos de Galicia), sociedades instrumentais (Medtec, S.A., Turgalicia, S.A.), fundacións (Semana Verde de Galicia, Hospital Comarcal de Verín) e outras de moi variada natureza en que non queda clara a contrapartida que se obtén e non parece que mellore notablemente a súa capacidade de xestión con relación á das administracións públicas. Polo contrario, o motivo de creación destas parece ser simplemente o de se saír dun es-

tricto marco regulador, sen que a cambio se asegure unha maior eficiencia na súa xestión. A estratexia dos actuais responsables políticos parece pasar pola conquista do poder por medio dunha colosal transferencia de recursos do estado a mans privadas, sen que nin o acceso á función nin o control de xestión do transferido pasen por controis públicos.

A actividade que realizan, caracterizada pola ausencia de mercado e por ter baseada a súa supervivencia nas axudas públicas, dificulta notablemente o seu control. Respecto da súa programación, os PAIF que elaboran son claramente insuficientes e escasamente cuantificados os obxectivos que conteñen. Ademais, a falta de control interno é substituída pola contratación de auditores externos privados que crean unha «ilusión» de control no que respecta á súa extensión, pero non no referente á súa eficiencia, xa que o traslado mecánico dos criterios de auditoría privada ó ámbito público provoca distorsións que os fai practicamente ineficaces entre outras cousas pola escasa información que para a mellora da xestión facilitan. Para os nosos efectos imos fixarnos nunhas actividades máis próximas ó usuario coma as que se refiren á prestación de servizos sanitarios, en que as fundacións constitúen a elección institucional que efectuaron os responsables da Administración sanitaria galega para prover este importante servizo público nun principio no eido comarcal, e en ámbitos onde non existía iniciativa pública hospitalaria próxima.

Nesta reflexión non imos entrar nas consideracións relativas á maior ou menor bondade desta opción desde o punto de vista funcional ou de racionalidade económica, argumentada en termos dunha maior eficacia respecto do modelo anterior, cualificado case sempre de ineficiente e burocrático. O que interesa agora é preguntarse respecto do papel que se lle reserva ó control público. Respecto do previo, competencia da Intervención xeral, xa sabemos que non existirá baseado en argumentos que defenden a maior axilidade que na xestión deben posuír estas institucións con relación ós centros hospitalarios clásicos. Polo tanto, o protagonismo do control quedalles reservado ós propios xestores, os que a través dos seus mecanismos internos poden velar e coñecer respecto da utilización dos diñeiros públicos, que en ausencia dun auténtico mercado se gastan na subministración das prestacións sanitarias. Nesta nova situación, o lexislador outorgoulles un protagonismo destacado ós órganos de control externo para supervisar los estados patrimoniais e financeiros das novas fundacións. En ausencia doutros controis da Administración pública será o Consello de Contas de Galicia quen deba entender da solvencia económico-financieira destas institucións, estendendo loxicamente a súa fiscalización ás cuestións de eficacia e eficiencia, e ademais, dada a índole e natureza concreta deste servizo, tamén ás cuestións de calidade como elemento diferenciador e de contraste deste

servicio con relación á provisión que efectúan outros centros sanitarios tradicionais.

O problema pode resultar preocupante se reparamos en que ante a ausencia de mecanismos de intervención pública e de auditoría permanente, os OCEX non poden suplir tales carencias con fiscalizacións externas de carácter selectivo. Da configuración e da dimensión do Consello de Contas de Galicia, non pode esperarse un control permanente e recorrente da actividade das fundacións, sexan sanitarias ou non. É máis, a tendencia a recorrer a este tipo de institucións por parte dos poderes públicos galegos fai cada vez máis difícil a posibilidade dun control financeiro e de xestión efectivo por parte do Consello de Contas.

Os antecedentes remóntanse á Lei 1/94 do 30 de marzo, de orzamentos da Comunidade Autónoma para 1994, en que no seu artigo 3º inclúe por primeira vez como sociedade pública a Fundación Pública Hospital Comarcal de Verín, cualificándoa como entidade pública. O que xuridicamente se manifesta criticable, xa que os estatutos da fundación non son os propios dunha entidade pública para tódolos efectos, senón tan só ós do réxime financeiro e orzamentario e, ademais, a expresión fundación pública non aparece nos seus estatutos e probablemente tampouco nos datos do rexistro de fundacións.

Un lustro despois, a Lei de orzamentos da Comunidade Autónoma para 1999 incluía no seu artigo 3º 2, clasificadas como sociedades públicas, subtipo de entidades públicas, outras cinco como a Fundación Instituto Galego de Oftalmoloxía, a Fundación Hospital Comarcal Vírxe da Xunqueira, a Fundación Hospital Comarcal A Barbanza, a Fundación Pública Escola Galega de Administración Sanitaria e a Fundación Foro Permanente Galego-Iberoamericano de Saúde, o que proba o elevado vigor que a apelación a este instrumento de xestión se desenvolveu ultimamente en Galicia. A cualificación destas como entidades públicas, inclúeas con naturalidade no ámbito de fiscalización previsto no apartado a) do artigo 2 da Lei 6/1985 de organización e funcionamento do Consello de Contas.

Coa entrada en vigor da Lei 10/1996 de actuación de entes e empresas con participación maioritaria da Xunta de Galicia, introdúcese un cambio drástico no réxime xurídico, respecto do deber de lle render contas ó Consello por parte das fundacións. Argumentábase que coa pretensión de acadar unha maior e mellor transparencia, considerábase adecuado someter á fiscalización do Consello as fundacións constituídas maioritariamente ou na súa totalidade por achegas da Administración da Comunidade Autónoma, e tamén, aquelas outras en que os ingresos procedesen maioritariamente de subvencións con cargo ós seus orzamentos, sempre que a Xunta formase parte dos seus órganos de goberno ou dirección. Tal fiscalización non implicaría a inclusión das contas das

fundacións na conta xeral da Comunidade Autónoma, ademais prevíase que o órgano de control externo lle dera conta do seu informe e conclusións ó Parlamento de Galicia.

Como é obvio, cabe sinalar que tal previsión legal supoñía un reto e un aumento de esforzo fiscalizador para o Consello, de indubidable consideración, xa que lles estendía o seu ámbito a outras fundacións que non tiñan o carácter de entidades públicas. É preciso recoñecer que as chamadas fundacións públicas incluídas como entidades públicas nas leis de orzamentos, non son máis ca entidades privadas que en materia económico-orzamentaria comparten as disposicións contidas na Lei 11/1992 de réxime financeiro e orzamentario de Galicia. É dicir, cabe diferenciar dous grandes grupos aínda que con distinta natureza: uns, cualificados como entidades públicas polas leis de orzamentos, coñecidas como «fundacións públicas», e as demais, que para os efectos metodolóxicos deben ser entendidas como fundacións privadas. En ámbolos dous casos o réxime contable aplicable é o da contabilidade privada a través do Plan xeral de contabilidade adaptado ás entidades sen fin de lucro, aprobado por RD. 776/98 do 30 de abril, xa que a Comunidade Autónoma aínda non dictou norma ou plan específico para as entidades sen fin de lucro.

Con relación ó control económico-financieiro, o primeiro tipo de fundacións rexerese polo previsto na anteriormente citada Lei 11/1992, hoxe Decreto legislativo 1/1999, correspondéndolle este á Intervención xeral, e efectuarase para comproba-lo adecuado funcionamento da fundación tanto no seu aspecto organizativo coma no económico-financieiro. Tal réxime é o que lle estende o lexislador na Lei 10/1996 ó resto das fundacións, ó regular no seu artigo 11 que estas tamén estarán sometidas ó control financeiro da Intervención xeral, a cal o exercerá mediante a realización de auditorías en cada exercicio orzamentario. O certo é que esta facultade, en vez de ser realizada sempre e con carácter xeral polo persoal e os propios servizos da intervención, efectúase normalmente a través de contratación externa a empresas privadas de auditoría mediante a realización de asistencias técnicas, o que ó noso xuízo amosa, por unha parte, a escaseza e insuficiencia do servizo de control interno e por outra, e o que é peor, a posible debilidade do informe ó facelo depender nos seus aspectos técnicos de empresas de consultoría privada que, ó operar cunha concepción privatista, apártanse do marco máis rigoroso que poden ofrecer os fiscalizadores públicos.


Ó anterior cabe uni-lo feito de que aínda que aparentemente as fundacións públicas deberían vir obrigadas, como entidades públicas, á elaboración dun programa de actuación, investimento e financiamento cun nivel de agregación axeitado, que permitira aprecia-los seus obxectivos anuais e a medio prazo, o certo é que non o fan, xa que a propia

Consellería de Economía e Facenda do Goberno galego, nos anexos das ordes en que anualmente se dicta as instrucións para a elaboración dos orzamentos, non incluíu entre os distintos documentos que teñen que remitir os entes públicos o correspondente PAIF, eludindo así o exercicio pleno do labor lexislativo nas tarefas de discusión orzamentaria no Parlamento.

Non debemos esquecer que as fundacións de orixe pública son entidades que forman parte do sector público, e que, en consecuencia, deben estar sometidas ós controis correspondentes, tanto internos coma externos, outra cuestión diferente é que o sexan a priori ou a posteriori. O que non semella axeitado é facer recaer no Consello de Contas o groso do control destas institucións, que sempre será a posteriori, e ó estar afastado no tempo, menos eficaz, e atrevémonos a dicir que case imposible, se nos atemos ó tamaño que razoablemente deben posuír os órganos de control externo público.

Como paliativo a esta escaseza funcional, a Xunta de Galicia mediante unha Resolución do 31 de marzo de 1999 (D.O.G. n° 82 do 30 de abril), aprobou un acordo que implanta o que denominan un sistema integrado de información e control permanente da xestión económica de sociedades e fundacións públicas. Neste, reconécese que tales entidades deben axustar a súa actividade contractual ós principios de publicidade, concorrencia e obxectividade, así como a selección do seu persoal ós de igualdade, mérito, capacidade e publicidade da convocatoria.

Estructuran o novo sistema a través dun dobre mecanismo, un de información contable e orzamentaria de carácter periódico, trimestral e actualizado, que deben remitirle os xestores públicos á Intervención xeral da Comunidade Autónoma, e outro, mediante un control permanente posterior efectuado por esta última, que servirá para medir o grao da actividade daquelas entidades.

Se constitúe unha rectificación, benvida sexa, a súa eficacia dependerá en gran medida de que o control posterior sexa exercido por persoal e servicios da Intervención xeral, con normas e criterios propios, e tamén, como non, dos medios cos que conte a Administración pública. Ó respecto, non cabe expresar demasiado optimismo xa que mentres a resolución lles estende a obriga de información a tódalas sociedades e fundacións públicas, restrinxo o control posterior á elaboración dun plan de actuacións en que a Intervención xeral establecerá o seu alcance, as áreas que se verificarán e a determinación das sociedades -agora non se citan literalmente as fundacións-, que serán obxecto de control. Non semella moito, pero goza da calidade de ser unha normativa precursora con relación á do resto do Estado. 

Bibliografía

- ALBI IBÁÑEZ, E. (1999). Nuevos esquemas de gestión pública (mecanismos cuasi-competitivos y de mercado, y privatizaciones). *Revista Española de Control Externo*. Vol. 1, nº 1, enero.
- BAREA TEJEIRO, J.; GÓMEZ CIRIA, A. (1994). *El problema de la eficiencia del sector público en España*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- CABRA DE LUNA, M. A. (2001). «La regulación y funcionamiento de las Fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista española de control externo*, nº 8, vol. III, mayo.
- CONSTENLA ACASUSO, F. J. (2000). *Gasto público e control externo público. Gasto público autonómico*. Escola Galega de Administración Pública. Santiago de Compostela.
- FERNÁNDEZ CAÍNZOS, J. J.; PRADO DOMÍNGUEZ, I. (1998). O proceso de reforma contable das administracións públicas segundo criterios xerenciais. *Revista Galega de Administración Pública*, nº 19, mayo-agosto.
- Montesinos Júlve, V. (1998). *La legitimación del sector público a través de su reforma y su control. Ética pública e Control Externo Público*. Consello de Contas de Galicia. Santiago de Compostela.
- (1999). «Nuevos retos para la fiscalización de las entidades públicas». *Auditoría Pública*, nº 18, septiembre.



XURISPRUDENCIA

A REALIZACIÓN DE MELLORAS EN SOLO URBANO TRANSFORMADO (COMENTARIO Á STS 06.03.2000 [AR. 2422])¹

Almudena Fernández Carballal

Profesora axudante de dereito administrativo
Universidade da Coruña

A dicotomía entre transformado e non transformado, ou empregando a terminoloxía legal, entre consolidado e non consolidado en relación co solo urbano que veu regular con carácter de lexislación básica a Lei 6/1998, do 13 de abril sobre réxime do solo e valoracións [en adiante, LRSV], orixinou non poucas tertulias entre aqueles que ocasional ou permanentemente e desde distintos campos, nos dedicamos ó urbanismo.

Un desdobramento innato ou connatural ó tradicional solo urbano que, sen embargo, non termina de callar cando se trata da súa aplicación e, en especial, en quen, por imperativo constitucional, debe velar polo cumprimento dos deberes urbanísticos que o ordenamento xurídico lles impón ós propietarios de terreos: a Administración pública, na súa esfera municipal.

Desde a claridade da LRSV, coa axuda na nosa Comunidade Autónoma, encomiable, da exposición de motivos da Lei 1/1997, do 20 de

¹ Sala do Cont-Adm., Secc. 5ª; pte: Excmo. Sr. D. Pedro Yagüe Gil.

marzo do solo de Galicia [en adiante, LSG] e trala STC 61/1997, do 20 de marzo, o Tribunal Supremo nunha sentenza do 6 de marzo de 2000² foi rotundo no seu pronunciamento:

«Alcanza-la condición de soar, só se produce unha vez» e «a partir de entón, o solo é xa para sempre solo urbano consolidado».

A innovación de distinguir no solo urbano dúas categorías: consolidado e non consolidado, foi obra da LSG, en función da necesidade ou non de desenvolver actuacións de execución integral ou, segundo propia aclaración da súa exposición de motivos, que se «chegou ó final do proceso de desenvolvemento urbanístico» ou non, o cal ha ser previsto no planeamento xeral³.

Agora ben, para evitar posibles confusións, quizais debamos empregar a terminoloxía que utiliza a LRSV cando acolle esta distinción, de solo xa transformado (nel concorre o feito físico da urbanización, é dicir, os catro servicios de infraestructuras mínimos de acceso rodado, abastecemento de auga, evacuación de augas e subministración de enerxía eléctrica) e de solo consolidado pola edificación, sendo este equivalente ó non transformado se se toma como punto de referencia a transformación.

Porque resulta palatino que o réxime xurídico correspondente a unha e outra categoría de solo urbano –con independencia doutras que poida establece-lo lexislador urbanístico– sexa distinto, a LRSV distinguiu claramente os dereitos e deberes que lles corresponden ós propietarios de ámbalas subclases⁴, non así a LSG.

En solo urbano consolidado ou transformado, o art. 14 da LRSV atribúelle a quen sexa o seu titular o dereito a edificar co único límite de completar á súa custa a urbanización do terreo para que adquira a condición de soar –se non a tivese–. Os propietarios nin deben contribuír ó proceso urbanizador nin ceder unha parte do seu aproveitamento lucrativo, coma tampouco ceder terreos destinados a dotacións locais.

Existe unha única excepción: cando o ámbito estea suxeito a operacións de renovación ou reforma interior –que non é o mesmo ca unha nova urbanización ou reurbanización– en que a urbanización deba completarse. Neste caso, deberán completar á súa custa a urbanización do terreo e unicamente cede-lo correspondente solo para viais (non para outras dotacións ou equipamentos) por constituír unha prestación xeneralizada en compensación co beneficio que recibe o propietario da acción urbanizadora.⁵

² *Fundamento Xurídico* 6.

³ Art. 64.2 LSG.

⁴ Art. 13 e 14 LRSV.

⁵ Vid., SS.TS 2.IV.1981 (Ar. 1809) e 26.II.1998 (Ar. 1538).

Polo contrario, o exercicio do dereito a edificar en terreos que carecen de urbanización consolidada –solo urbano non transformado– condiciónase pola LRSV ó efectivo cumprimento dun conxunto de deberes urbanísticos básicos, como son o de ceder terreos para dotacións públicas de carácter local e para sistemas xerais, a cesión do 10% do aproveitamento do correspondente ámbito, a distribución equitativa das cargas e beneficios derivados do planeamento logo da súa execución, o de custear podendo abarcala execución material da urbanización, e por suposto, o de solicitar licenzia de edificación e edifica-los soares no prazo legalmente establecido, esixible igualmente no solo urbano consolidado pola urbanización.

A necesidade de realizar algunha obra parcial de urbanización (de cara a unha renovación ou reforma interior) non pode identificarse coa obrigaçión da súa total transformación ou conversión cos deberes que esta supón, extremo este que, como, acertadamente, aclara a LSG na súa exposición de motivos, require xa unha clasificación como solo urbano non consolidado e a súa xustificación por parte de quen posúe a potestade de planeamento.

Pero neste caso, nin se trataba de operacións de reforma interior en solo urbano transformado nin dunha nova urbanización, senón da realización de melloras en terreos xa urbanizados e a propósito do deber de custear-la urbanización que se lle impuña á propiedade.

Así, invocando os artigos 117.3 e 83.3.2º do Regulamento de planeamento de 1978, o TS declarou que tales preceptos

«(...) permiten, en efecto, actuar sistematicamente en solo urbano por unidades de actuación e a cargo dos propietarios pero non autoriza a esixirlles a estes, que xa cederon e custearon a urbanización, melloras e reformas sucesivas e reiteradas, a modo de urbanización inacabable, é dicir, mediante a imposición de actuacións de mellora de servizos que non responden a novas concepcións globais urbanísticas (v.gr. de reforma interior), senón a cambios e melloras puntuais dos servizos urbanísticos como os de enerxía eléctrica, subministración de auga, evacuación de residuos, etc.»

Agora ben, continúa sinalando o TS,

«Isto non significa que o concello non poida emprender tales obras nin que os propietarios non teñan que custearlas na medida en que legalmente corresponda (por exemplo, por contribucións especiais, ...), pero si que isto non pode facerse como obriga imposta polo ordenamento urbanístico».

E así terminaba deducindo na citada sentenza, de acordo coa vixente LRSV –e a teor do artigo 83.3.2º do texto refundido de 1976, vixente no caso de autos– que a obrigaçión de custear-la urbanización que lles im-

pón este precepto ós propietarios do solo urbano; obriga de carácter real nunca persoal⁶,

«(...) vén referida ás partes de solo urbano que aínda non contan cos servizos urbanísticos e que só son solo urbano por se encontraren en áreas consolidadas [art. 78,a) e 81.2 TRLS do 9 de abril de 1976], pero non ós propietarios de solo que contan con tódolos servizos. A nova Lei do solo do 13 de abril de 1998 así o especifica claramente, ó impoñe-la obriga de custear-la urbanización, só ós propietarios de solo urbano non consolidado, segundo o seu artigo 14.2, e), esixíndolles, polo contrario ós propietarios de solo urbano consolidado non custear-la urbanización senón «completar á súa custa a urbanización necesaria para que estes alcancen, se aínda non a tiveran, a condición de soar», segundo o artigo 14.1 (no ben entendido que ese «alcanza-la condición de soar» só se produce unha vez, e que, a partir de entón, o solo é xa para sempre solo urbano consolidado»).

Neste caso, o legislador estatal de 1998 non estableceu unha definición de soar, a pesar do título que o habilita para isto como condición básica que garante a igualdade no exercicio do dereito a edificar (art. 149.1.1ª CE)⁷. Haberá que estar, polo tanto, á lexislación urbanística de cada comunidade autónoma e, con carácter supletorio, ó «ius superveniens»⁸, co fin de determinar cando un terreo ten a condición de soar.

Se se compara a lexislación urbanística anterior, receptora dunha única clase de solo urbano -salvo especificidades autonómicas- coa vixente na actualidade, non se pode obviar cómo chegou a declara-lo TS con referencia a aquela normativa, que o concepto de soar supón unha «subespecie respecto ó solo urbano», estando este concepto configurado por tres «requisitos concorrentes»: a) que se trate dunha superficie de solo urbano; b) que reúna aptitude para a edificación; c) que estea debidamente urbanizado, nos termos formulados pola lexislación urbanística aplicable⁹.

É dicir, a concorrencia de tódolos servizos mínimos esixibles, desde o punto de vista básico polo art. 8 LRSV, é totalmente necesaria, non como posibilidade senón como realidade para que un terreo se converta en soar e, a partir de entón, o planeamento xeral deberá outorgarlle a clasificación de solo urbano transformado.

O que, en realidade, existe nesta categoría de solo urbano é un dereito a completa-la urbanización pero cumprindo os deberes que leva


⁶ Vid. STS 24.VI.1997 (Ar. 5371).

⁷ Vid. STC 61/1997, do 20 de marzo [FX 34,a)].

⁸ Vid. art. 82 TR de 1976.

⁹ Vid. STS 4.IV.1980 (Ar. 3143).

consigo a suxeición ós sistemas de xestión que preveña a lexislación urbanística para a operación en común cos restantes propietarios en réxime de repartición equitativa de beneficios e cargas.

Nin a lexislación autonómica e, en menor medida, o planeamento urbanístico municipal, poden aumentalas bases estatais. Os deberes que a LRSV lles impón ós propietarios de solo teñen, de acordo coas SS.TC 61/1997, do 20 de marzo e 164/2001, do 11 de xullo, carácter de máximo e, polo tanto, o planeamento municipal en solo urbano transformado non poderá esixir outros deberes adicionais, coma se facía no caso de autos en relación co deber de custealas obras de urbanización. 



O LABOR DA COMISIÓN NON PERMANENTE PARA O ESTUDIO DA SITUACIÓN DOS EMIGRANTES DO PARLAMENTO DE GALICIA

Xosé Antonio Sarmiento Méndez

Letrado da Comisión para o estudio da situación
dos emigrantes do Parlamento de Galicia.
Profesor de dereito constitucional da Universidade de Vigo

«Endexamais encomenzariamos nada
se quixeramos asegurar por adiantado o
éxito da nosa empresa».

N. Bonaparte

Tratarei nas seguintes liñas de dar conta das principais actividades da comisión creada no Parlamento galego para o estudio da situación dos emigrantes galegos, e recoller do xeito máis aséptico posible a súa andaina ó longo desta última lexislatura. Os anxeos e esperanzas dos nosos compatriotas no exterior quedaron en boa medida frustrados polo inconcluso dos traballos dunha comisión que desenvolveu ó meu xuízo un labor moi meritorio e encomiable, pero que viu acernados os seus traballos na súa fase final, xa próxima a disolución do Parlamento de Galicia.

Para unha mellor comprensión a efectos valorativos das actuacións dos parlamentarios galegos fago unha introducción con referencia a outras cámaras lexislativas do Estado e os seus traballos nesta materia.

I. Antecedentes parlamentarios

A. Cortes Xerais

Son relativamente abondosos os exemplos de tratamento parlamentario nas Cortes Xerais da problemática da emigración. Para os efectos sistemáticos clasificaremos-los distintos instrumentos parlamentarios segundo a problemática concreta sobre a que versaban.

Así, na VI Lexislatura atopámo-los seguintes grupos temáticos:

a) Mixto inmigración-emigración.

O informe da subcomisión, constituída no seo da Comisión de Política Social e Emprego, para estudia-la situación dos españois que viven fóra, así como a dos inmigrantes e refuxiados que chegaron ó noso país; coñecer a fondo as súas necesidades e reivindicacións prioritarias; propoñe-las medidas –legais e sociais– que é conveniente adoptar para conseguir solucións aos problemas existentes, así como votos particulares presentados a este¹. Trátase dun informe froito do acordo adoptado polo Pleno do Congreso dos Deputados na súa sesión do día 25 de xuño de 1996 con motivo do debate dunha proposición non de lei do Grupo Parlamentario Socialista.

Como consecuencia da actividade da subcomisión citada presentouse unha pregunta con resposta escrita formulada por D. Guillermo Vázquez Vázquez, do G. P. Mixto, sobre o grao de cumprimento do informe elaborado pola subcomisión para estudia-la situación dos españois que viven fóra, así como a dos inmigrantes e refuxiados que chegaron ó noso país².

Nesta mesma liña debe citarse a proposición non de lei, do Grupo Socialista do Congreso, relativa á constitución dunha ponencia para o estudo da situación dos españois emigrantes ou residentes no exterior e a situación dos inmigrantes en España, así como as actitudes da sociedade española ante os novos residentes en España³.

b) Seguridade Social.

Neste eido, e con carácter legislativo, debe subliñarse a proposición de lei pola que se regula o alcance do cómputo recíproco de cotizacións nos diferentes réximes que íntegran o sistema da Seguridade Social e so-

¹ BOCG-CD serie D, núm. 248, 27-2-98. Aprobación con modificacións pola Comisión de Política Social e Emprego – BOCG-CD serie D, núm. 281, 18-5-98. Debate Pleno – DS-CD núm. 172, 23-6-98. Aprobación do informe polo Pleno – BOCG-CD serie D, núm. 308, 15-7-98.

² BOCG-CD serie D, núm. 392, 10-3-99. Resposta – BOCG-CD serie D, núm. 424, 6-5-99.

³ DS-CD núm. 21, 10-6-96. Aprobación polo Pleno – DS-CD núm. 16, 25-6-96.

bre o alcance en España das cotizacións efectuadas antes do 1 de xaneiro de 1967 en determinados países⁴.

Neste mesmo plano das iniciativas legislativas é subliñable a proposición de lei de modificación dos requisitos temporais para o cobramento de prestacións non contributivas ó colectivo de emigrantes españois retornados⁵. Igualmente e referida a unha temática moi semellante presentóuselle a Proposición de lei de modificación dos requisitos temporais para o cobramento do subsidio por desemprego ó colectivo de emigrantes españois retornados⁶.

Máis concreta foi a iniciativa referida a certos países en que existen problemas económicos, que levou á formulación dunha pregunta oral en comisión do señor Jordano Salinas, do Grupo Parlamentario Popular no Congreso, sobre proxectos previstos para mellora-la situación actual das pensións que reciben os emigrantes españois, especialmente os residentes nos países de Hispanoamérica⁷.

Referida ó estricto ámbito da atención sanitaria estaba a pregunta con resposta escrita formulada por D^{ña} María José Camilleri Hernández, do G. P. Popular, sobre a execución do Plan integral de saúde para españois residentes no estranxeiro⁸.

Xa dentro da VII Lexislatura das Cortes Xerais producíronse dúas iniciativas que afectan de xeito subliñable o ámbito da Seguridade Social e que non fan senón profundar en aspectos do impulso parlamentario iniciado na anterior lexislatura. Estoume a referir á proposición de lei de modificación dos requisitos temporais para o cobramento de prestacións non contributivas ó colectivo de emigrantes españois retornados⁹ e a Proposición de lei de modificación dos requisitos temporais para o cobramento do subsidio por desemprego ó colectivo de emigrantes españois retornados¹⁰.

⁴ BOCG-CD serie B, núm. 198.1, 11-5-98. Rexeitada a toma en consideración – BOCG-CD serie B, núm. 198.2, 29-9-98.

De grande interese son as reflexións contidas no informe anual do Defensor del Pueblo para o ano 1998 sobre estes problemas, en concreto referidos ós fillos dos emigrantes españois no estranxeiro.

⁵ BOCG-CD serie B, núm. 251.1, 30-11-98. Caducada – BOCG-CD serie D, núm. 543, 4-2-2000.

⁶ BOCG-CD serie B, núm. 310.1, 24-5-99. Caducada – BOCG-CD serie D, núm. 543, 4-2-2000.

⁷ BOCG-CD serie D, núm. 318, 21-9-98. DS-CD Comisións, núm. 580, 26-11-98.

⁸ BOCG-CD serie D, núm. 460, 8-7-99. Resposta – BOCG-CD serie D, núm. 475, 21-9-99.

⁹ BOG-CD serie B, núm. 65.1, 5-6-00.

¹⁰ BOCG-CD serie B, núm. 66.1, 5-6-00.

c) Retorno.

Resulta rechamante que, directamente atinente a esta temática, só se poida atopar unha iniciativa ó longo da VI e VII Lexislaturas das Cortes Xerais. Trátase da pregunta oral en comisión do señor Jordano Salinas, do Grupo Parlamentario Popular no Congreso, sobre actuacións previstas para lles facilitar ós emigrantes españois o retorno ó seu país de orixe¹¹.

d) Dereitos políticos.

Dúas facetas moi diferentes deben recollerse no tocante á rúbrica xenérica dos dereitos políticos. Por unha banda aquelas que tentan fomentar a participación política dos emigrantes, entre as que podemos cita-la pregunta oral en comisión do señor Jordano Salinas, do Grupo Parlamentario Popular no Congreso, sobre medidas para lles facilita-lo exercicio do dereito a participar nas eleccións municipais autonómicas e xerais ós emigrantes españois¹².

Por outra banda están as iniciativas que tentan garanti-la transparencia do voto dos emigrantes, por producirse este en circunstancias claramente diferenciadas ó dos cidadáns que viven no territorio español. Así atopámo-la pregunta con resposta escrita formulada por D^a María del Pilar Novoa Carcacia, do G. P. Socialista, sobre medidas para lles garantir ós españois que viven no exterior o dereito ó voto en igualdade de condicións ós residentes dentro do país¹³.

e) Cultural.

Dentro do importante labor desempeñado polos poderes públicos a prol dos emigrantes españois no estranxeiro é particularmente relevante a referida ó eido cultural. Nesta orde de cousas insírese a pregunta oral en comisión do señor Jordano Salinas, do Grupo Parlamentario Popular no Congreso, sobre medidas previstas para que os fillos dos emigrantes españois poidan visitar, coñecer e estudar en España¹⁴.

¹¹ BOCG-CD serie D, núm. 318, 21-9-98. DS-CD Comisións, núm. 580, 26-11-98. A monografía galega máis completa sobre a problemática do retorno é a de Antonio Izquierdo Escribano e Gabriel Alvarez Silvar: *Políticas de retorno de emigrantes*. Universidade da Coruña. 1997.

¹² BOCG-CD serie D, núm. 318, 21-9-98. DS-CD Comisións, núm. 580, 26-11-98.

¹³ BOCG-CD serie D, núm. 468, 21-7-99. Resposta - BOCG-CD serie D, núm. 482, 1-10-99.

Sobre as condicións que rodean o dereito de voto dos emigrantes é fundamental a obra de Enrique Arnaldo Alcubilla: *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*. Centro de Estudios constitucionales. Madrid, 1995.

¹⁴ BOCG-CD serie D, núm. 318, 21-9-98. DS-CD Comisións, núm. 580, 26-11-98.

f) Xeral.

Por último unha iniciativa xenérica e continxente foi a presentada con motivo da celebración do Consello Xeral da Emigración, que pola súa propia natureza abordou unha problemática moi heteroxénea da situación dos emigrantes. Así presentouse a pregunta oral en pleno da deputada D^a María José Camilleri Hernández, do Grupo Parlamentario Popular no Congreso, sobre as medidas que ten previsto adopta-lo Goberno como consecuencia dos acordos da reunión do Consello Xeral da Emigración celebrado en Madrid¹⁵.

B. Galicia

a) Retorno.

Dende a I Lexislatura esta é unha das preocupacións que ocupou os nosos parlamentarios. Así podemos cita-la interpelación do deputado D. Camilo Nogueira Román do Grupo Parlamentario Mixto, sobre as medidas económicas do Goberno galego tendentes a crea-las condicións para que os emigrantes galegos poidan satisfacer-lo dereito de viviren e traballaren na propia terra¹⁶. Consecuencia desta interpelación foi a presentación dunha moción formulada polo Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa de D. Camilo Nogueira Román, sobre creación dunha institución económico-financeira para a canalización da política económica destinada a propicia-la volta dos emigrantes¹⁷.

Xa pasando á III Lexislatura do Parlamento galego atópase unha proposición non de lei, formulada polo G. P. Mixto, sobre a plena integración laboral, social e persoal dos emigrantes na nosa terra¹⁸.

Por último xa na IV Lexislatura do Parlamento de Galicia foi aprobada unha proposición non de lei formulada polo G. P. do Bloque Nacionalista Galego, a iniciativa de D. Alfredo Suárez Canal, sobre as medidas para incentiva-la recuperación de emigrantes¹⁹.

b) Seguridade Social.

Temos que esperar ata a III Lexislatura para atopar unha moción presentada ante o Pleno polo G. P. do Bloque Nacionalista Galego como consecuencia da interpelación relativa á situación dos emigrantes galegos retornados que sofren o non pagamento ou atrasos nos pagamentos

¹⁵ DS-CD núm. 201, 9-12-98.

¹⁶ BOPG núm. 285, 9-7-84. Pleno día 11-7-84, DS núm. 84.

¹⁷ BOPG núm. 314, 26-7-84 Rexeitada - Pleno día 19-9-84, DS núm. 85.

¹⁸ BOPG núm. 120, 7-3-91. Rexeitada - BOPG núm. 224, 19-12-91.

¹⁹ BOPG núm. 318, 22-9-95. Aprobada - BOPG núm. 303, 25-8-93.

das prestacións de xubilación ou equivalentes procedentes dos países onde traballaran como emigrados²⁰.

Referíndose a aspectos que só en sentido amplo se integran dentro do concepto de seguridade social atópase tamén a pregunta con resposta escrita formulada por D. José Giráldez Maneiro, do G. P. dos Socialistas de Galicia, sobre os datos relativos á concesión de axudas individuais a emigrantes galegos na República Arxentina²¹.

Cun contido moi similar e presentada polo mesmo parlamentario debe referirse á proposición non de lei do G. P. dos Socialistas de Galicia, a iniciativa do D. José Giráldez Maneiro, sobre a tramitación de subvencións e axudas oficiais ós emigrantes a través dos servizos consulares, co informe preceptivo do Consello de Residentes no Estranxeiro²².

Pasando á IV Lexislatura do Parlamento o deputado anteriormente citado reincidiu na súa teima sobre a situación do emigrantes, neste caso no tocante ó eido da saúde. Así presentou a proposición non de lei, formulada polo G. P. dos Socialistas de Galicia, a iniciativa de D. José Giráldez Maneiro, sobre o dereito á asistencia sanitaria dos emigrantes retornados a Galicia e a expedición de documentos necesarios para facelo efectivo²³.

Un aspecto que foi obxecto de control por parte da oposición parlamentaria é o das axudas puntuais que a Secretaría Xeral para a Relación coas Comunidades Galegas no Exterior convoca con carácter anual. Así presentouse a pregunta oral en comisión formulada por D. José Giráldez Maneiro, do G. P. dos Socialistas de Galicia, sobre o orzamento dedicado polo Goberno galego para bolsas ós emigrantes e previsións ó respecto²⁴.

Cun carácter moito máis puntual e referido a un ámbito xeográfico moi concreto presentouse a proposición non de lei formulada polo G. P. dos Socialistas de Galicia, a iniciativa de D. José Giráldez Maneiro e D. José Ventoso Mariño, sobre as medidas que se deben adoptar para a defensa dos intereses dos emigrantes galegos nos Estados Unidos²⁵.

Finalmente e xa dentro da V Lexislatura debateuse no Pleno da cámara a interpelación, formulada por D. Xabier Casares Mourino e D^a Isabel Salazar Bello, do G. P. dos Socialistas de Galicia, sobre o número

²⁰ BOPG núm. 24, 27-4-90. Debate Pleno – DS núm. 12, 18-4-90. Rexeitada – BOPG núm. 28, 10-5-90.

²¹ BOPG núm. 249, 13-3-92. Resposta – BOPG núm. 266, 7-5-92.

²² BOPG núm. 262, 25-4-92. Debate Pleno – DS núm. 162, 23-6-93. Aprobada – BOPG núm. 431, 3-7-93.

²³ BOPG núm. 219, 4-3-95. Aprobada – BOPG núm. 232, 23-3-95.

²⁴ BOPG núm. 319, 23-9-95. Recualificación por finalización do período de sesións – BOPG núm. 389, 12-1-90. Resposta – BOPG núm. 403, 12-2-96.

²⁵ BOPG núm. 652, 13-5-97. Aprobada – BOPG núm. 690, 16-7-97.

de emigrantes galegos perceptores dunha pensión asistencial por anciandade, os destes que retornaron á súa terra e as medidas adoptadas polo Goberno galego respecto dos que se atopan sen dereito a ningún tipo de prestación durante os dous primeiros anos²⁶.

c) Institucional.

A creación dun órgano parlamentario do estudo e seguimento da materia de emigración non é algo novo no Parlamento de Galicia. Así na III Lexislatura foi rexeitada unha solicitude do G. P. dos Socialistas de Galicia de creación dunha comisión permanente non lexislativa de relacións e cooperación da institución parlamentaria coas comunidades galegas na emigración²⁷.

d) Cultural.

Ó longo da IV Lexislatura do Parlamento de Galicia presentouse unha pregunta con resposta escrita formulada por D. Manuel Ceferino Díaz e Díaz, do G. P. dos Socialistas de Galicia, sobre os datos relativos á selección dos emigrantes galegos beneficiados da operación «Reencontros»²⁸. Estes programas afectan en sentido amplo a dimensión cultural da emigración galega por canto posibilitan a realización de actividades literarias, musicais e de toda índole para aqueles cidadáns que residen fóra de Galicia.

e) Servicio militar.

Este aspecto constituíu tradicionalmente unha causa de preocupación para os emigrantes galegos e os seus descendentes. Aínda que na actualidade perdese a súa razón de ser, no seo da IV Lexislatura do Parlamento galego foi presentada unha proposición non de lei formulada polo G. P. do Bloque Nacionalista Galego, a iniciativa do D. Bieito Lobeira Domínguez, sobre o dereito dos mozos emigrantes a solicitaren prórrogas de cuarta clase como causa de exención do servizo militar obrigatorio²⁹.

f) Agricultura.

Carácter claramente singular presenta a iniciativa tramitada da II Lexislatura e que foi retirada polos seus proponentes que consistía nunha proposición de lei, formulada polo G. P. Coalición Galega, de terras de emigrantes³⁰.

²⁶ BOPG núm. 323, 16-6-99. Pleno día 24-11-99, DS núm. 84.

²⁷ BOPG núm. 57, 22-9-90. Debate Pleno – DS núm. 33, 25-9-90. Rexeitada – BOPG núm. 64, 15-10-90.

²⁸ BOPG núm. 519, 24-9-96. Resposta – BOPG núm. 539, 24-10-96.

²⁹ BOPG núm. 574, 21-12-96. Rexeitada – BOPG núm. 537, 11-6-97.

³⁰ BOPG núm. 26, 17-5-86. Retirada – BOPG núm. 204, 23-12-87.

2. Antecedentes da comisión

A Mesa-Xunta de Portavoces na súa reunión do día 15 de febreiro de 2000, acordou no punto terceiro da orde do día, a solicitude do G.P. do Bloque Nacionalista Galego (doc. núm. 12.013) e logo de debate pormenorizado, a proposta de creación da Comisión non permanente para o estudo da situación dos emigrantes galegos, que ó abeiro do artigo 51 do Regulamento do Parlamento adoptou a Mesa do Parlamento.

Posteriormente na Mesa-Xunta de Portavoces do 13 de abril de 2000, o Sr. presidente do Parlamento anunciou a constitución da comisión para o día 27 de abril de 2000, coa asistencia da Mesa do Parlamento de Galicia.

3. Composición e sesións celebradas

└ Composición

A Mesa da Comisión quedou composta do seguinte xeito:

D. Manuel Ruíz Rivas (presidente)

D. Xosé Francisco Ferreiro Abelleira (vicepresidente)

D^a. María Antonia Álvarez Yáñez (secretaría)

Os vocais adscritos polos distintos grupos á comisión foron os seguintes:

D. Anxo Guerreiro Carreiras (Mx)

D. Xosé Manuel Pazos Varela (Mx)

D. Alberte Xullo Rodríguez Feixóo (BNG)

D. Miguel Santalices Vieira (P)

D^a. María Soledad Soneira Tajés (S)

└ Letrados

D. Xosé Antonio Sarmiento Méndez

D^a. Purificación López Gómez

└ *A comisión desenvolveu numerosas sesións, que podemos clasificar en:*

└ Internas

Sesión constitutiva, o 27 de abril de 2000.

Aprobación das normas reguladoras, 2 de xuño de 2000.

Elaboración do plan de traballo da comisión e delegación na mesa da comisión das facultades previstas no artigo 44.1 do Regulamento da Cámara.- 20 de xuño de 2000.

└ De comparecencias

D. Andrés Beade Dopico, emigrante galego na Arxentina, que desempeñou varios cargos de responsabilidade en centros galegos daquel país, o 14 de xullo de 2000.

D. Salvador Soutullo Carolo, escritor e emigrante galego en Barcelona, que deu testemuña dos problemas dos galegos en Cataluña, o 18 de xullo de 2000.

D. José María Hernández Cochón, conselleiro de Sanidade e Servizos Sociais, que lle explicou á comisión as actuacións do seu departamento nesta materia, o 19 de xullo de 2000.

D. Enrique Arnaldo Alcubilla, vocal do Consello Xeral do Poder Xudicial, letrado das Cortes Xerais e asesor da Xunta Electoral Central, que explicou os problemas que rodean ós dereitos políticos dos emigrantes, o 27 de xullo de 2000.

D. Jacinto Gil, catedrático de dereito civil, que se detivo no estudio dos problemas da nacionalidade e as súas posibles liñas de reforma, o 28 de xullo de 2000.

D. Antonio Maceda, director xeral de Migracións do Ministerio do Interior, para informar sobre as liñas de actuación do seu departamento nesta cuestión, o 7 de febreiro de 2001.

D. José Manuel Castelao Bragaña, presidente do Consello Xeral da Emigración, que explicou o papel deste órgano na situación dos emigrantes galegos, o 16 de marzo de 2001.

D. Fernando Amarelo de Castro, secretario xeral para as Comunidades Galegas no Exterior da Xunta de Galicia, como responsable autonómico nestas materias, o 29 de marzo de 2001.

4. Documentación estudiada pola comisión

1. Documentación achegada polo Servizo de Biblioteca e Documentación do Parlamento.

2. Documentación achegada polos comparecentes.

■ Sr. Enrique Arnaldo Alcubilla:

Documentación acerca dos sistemas electorais no dereito comparado.

■ Sr. presidente do Consello Xeral de Emigración:

1. Principais temas expostos polo Consello Xeral de Emigración durante o III mandato.

2. Acordos adoptados polo Consello Xeral de Emigración.

3. Documentación recibida con motivo das visitas feitas pola comisión.

Datos sobre os centros galegos en Río de Xaneiro, Salvador de Baía e Bos Aires.

Datos dos consulados e embaixadas no Brasil e a Arxentina sobre a situación da colonia galega nestes países.

5. Visitas ós galegos na emigración

▀ Visita ó Brasil e á Arxentina entre os días 1 e 11 de abril de 2001.

Tódolos membros da comisión anteriormente citados, agás o Sr. Gueirreiro Carreiras que se incorporou o día 5 de abril, iniciaron a visita de traballo ós galegos nas cidades de Río de Xaneiro, Salvador de Baía e Bos Aires co calendario de reunións e actividades que a seguir se describe:

▀ Día 3 de abril de 2001: visita á cidade de Río de Xaneiro (O Brasil).
Reunión no Consulado Xeral de España co xefe da oficina laboral.
Visita ó Grupo Galego-Casa de España (*presidente: Ramón Alvite Iglesias*).

Reunión cos presidentes das institucións:

Consello de Residentes Españois (CRE), *Raquel A. Vázquez Carpintero*.
Comunidad Hispánica de Asistencia Social (CHAS), *Esther Pérez Durán*.
Asociación Brasileña de Empresarios Españoles (ABREME), *Enrique Babio Sánchez*.

▀ Día 4 de abril de 2001:

Visita á Sociedade Recreo dos Anciáns (*presidente: Manuel Taboada Quintas*).

Visita á Sociedad Española Beneficencia-Hospital Español (*presidente: José Paredes*).

▀ Día 6 de abril: Salvador de Baía.

Reunión de traballo cos responsables en materia de emigración do Consulado Xeral de España.

Reunión de traballo cos presidentes dos centros galegos.

Caballeros de Santiago.

Centro Español.

Centro Recreativo Unión do Río Tea.

Real Sociedad Española de Beneficencia-Hospital Español.

▀ Día 7 de abril:

Visita ó Hospital Español.

Visita á sede dos Caballeros de Santiago. Reunión coa xunta directiva.

▀ Día 9 de abril: Bos Aires.

Reunión cos presidentes das institucións:

Consejo General de la Emigración: *presidente D. Manuel Castelao Braganña*.

Consejo de Residentes Españoles: *presidente D. Álvaro Campos*.

Centro de Galicia e Colexio Santiago Apóstolo: *presidente D. Manuel Peleteiro*.

Centro Galego: *presidente D. Elías Fernández Pato*.

Unión de Sociedades Galegas: *presidente Horacio Peijito*.

Federación de Sociedades Galegas: *presidente D. Francisco Lores*.

Visitas:

Centro Galicia.
Colexio Santiago Apóstolo.
Centro Galego.

■ Día 10 de abril:

Reunión de traballo co cónsul xeral adxunto en Bos Aires, D. Juan Carlos Gafo Acevedo.

■ Visita a Londres e a Zúric entre os días 10 e 15 de maio de 2001.

Tódolos membros desta comisión, excepto a Sra. Soneira Tajés, realizaron as visitas de traballo ós galegos nestas cidades segundo esta programación:

■ Londres (día 11 de maio de 2001).

- 1) Reunión de traballo cos conselleiros de Oficina Laboral (en funcións) e de Educación da Embaixada de España en Londres e co cónsul xeral de España en Londres.
- 2) Visita ó embaixador de España en Londres.
- 3) Visita ó Centro Galego de Londres.

■ Zúric (días 13 e 14 de maio de 2001).

13 de maio:

- 1) Reunión co comité de directivos da «Sociedade Galega Val d'Ouro» (pres.: Etelvino Nogueiro).
- 2) Asistencia á «Festa da Nai» organizada pola Misión Católica en Zúric.
- 3) Reunión co comité de directivos da «Promoción da Cultura Galega» (pres.: Gumersindo Martínez).

14 de maio:

- 4) Reunión de traballo co cónsul xeral de Zúric.
- 5) Encontro cos membros do Consello de Residentes Españois (pres.: Emilio Romero).

6. Últimas actividades da comisión

Rematados os seus traballos previos a comisión acordou constituírse en ponencia conforme a posibilidade prevista nas súas normas reguladoras, esta ponencia celebrou tres reunións de traballo que non se plasmaron nun documento definitivo, provocando que os grupos parlamentarios da oposición demandasen da Deputación permanente do Parlamento galego a habilitación do mes de xullo para o remate dos traballos. Rexeitada esta petición só queda esperar que todo o labor desta comisión sirva de antecedente útil para os traballos que inicie o Parlamento da vindeira lexislatura. ■



XORNADA SOBRE DEREITO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO

[EGAP, Santiago de Compostela, 22 de febreiro de 2001]

María Victoria Candamo París

Avogada

O dereito comunitario está presente dunha forma cada vez máis patente na realidade xurídica dos países membros da Unión Europea. Este é un feito evidente que non podemos deixar á marxe da realidade xurídico-administrativa actual. Por isto, a Escola Galega de Administración Pública organizou unha xornada co obxectivo de contribuír á difusión dos últimos avances do dereito comunitario, tanto en relación cos temas que tradicionalmente mereceron unha maior atención dende a instancia europea coma naquelas materias que, aínda que incorporadas máis recentemente ás políticas comunitarias, adquiriron nos últimos tempos un desenvolvemento notable e suscitaron un crecente interese na doutrina, na xurisprudencia, nas instancias políticas, nos operadores xurídicos e na cidadanía.

A xornada, que foi brillantemente dirixida por Enrique Gómez-Reino Carnota, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, realizouse no salón de actos da EGAP e contou cunha numerosa asistencia. Durante o día foron obxecto de análise detida os aspectos máis destacados do dereito administrativo comunitario, dende os dereitos recoñecidos ós cidadáns europeos ata a aplicación do dereito comunitario polos estados membros, pasando polos principios políticos e institucionais básicos da Unión Europea. A xornada desenvolveuse nun ambiente de intensa participación dos asistentes.

Inaugurou a xornada Domingo Bello Janeiro, director da Escola, quen, logo de dedicarlle unhas palabras de benvida ó público asistente, destacou a oportunidade de estudar-lo fenómeno da repercusión do dereito comunitario sobre o dereito administrativo e, en xeral, a posibilidade dun dereito administrativo europeo, tendo en conta o intenso proceso de europeización que está a vivi-lo dereito administrativo. Resaltou que o dereito administrativo europeo non é unha entelequia abstracta á marxe dos problemas da Administración española estatal ou autonómica. Todo o contrario, pois inmíscese cada vez máis no bloque da legalidade que a Administración ha seguir para o cumprimento das súas funcións.

A primeira intervención correspondeulle a Enrique Gómez-Reino Carnota, quen nos falou da *Carta de dereitos fundamentais da Unión Europea*. Comezou sinalando que dende hai ben tempo, no seo da Comunidade Europea viña barallándose a conveniencia de adoptar unha declaración de dereitos fundamentais. O proxecto de elabora-la Carta de dereitos fundamentais partiu da idea lanzada en Colonia en xuño de 1999 polo cumio de xefes de estado e de goberno. O procedemento de elaboración non foi o clásico dunha conferencia diplomática, senón o dunha convención. Esta instancia, de composición mixta e plural, pretende renovar-los métodos tradicionais de funcionamento da UE, pola súa composición e pola aplicación do principio de transparencia en todo o proceso de xestación da carta. O mandato de Colonia era que figuraran na carta os dereitos civís e políticos recollidos maiormente no Convenio de Roma de 1950, os dereitos do cidadán europeo e mailos dereitos económicos e sociais, insertos algúns deles no Tratado da Unión Europea (TUE) e outros na Carta social europea. Os membros da convención non só seguiron estas indicacións, senón que tamén fixeron a súa achega *aggiornando* algún dos dereitos recoñecidos no convenio e facendo innovacións cando procedían.

O Acordo do Consello Europeo de Colonia definira as categorías de dereitos que debía conte-la carta, que finalmente quedou estruturada nun preámbulo e en 54 artigos, 50 dos cales agrupan en seis capítulos os distintos dereitos, baixo as rúbricas de dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadanía e xustiza, e os catro últimos integran o sétimo capítulo, dedicado a disposicións xerais. A convención escolleu, tendo en conta as indicacións do Consello de Colonia, os dereitos fundamentais máis pertinentes para os cidadáns europeos nas súas relacións coas institucións europeas e tamén nas súas relacións cos estados membros cando se trate de aplica-lo dereito comunitario. As principais fontes de inspiración da carta son o Convenio europeo de dereitos humanos (CEDH), así como outros convenios adoptados no marco do Consello de Europa, tales como a Convención para a protección das per-

soas en relación co tratamento automatizado de datos de carácter persoal e maila Carta social europea. Tamén se alimenta nos textos da propia comunidade, en particular no Tratado da Comunidade Europea e nalgunhas das súas directivas, sendo apreciable a achega da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (TXCE). Por último, no ámbito das Nacións Unidas, a carta tamén tivo en conta o Convenio de Xenebra sobre refuxiados e o Convenio de Nova York sobre dereitos do menor.

Nas chamadas disposicións xerais deséñase o marco de aplicación dos dereitos fundamentais recollidos na carta. En primeiro termo, esta sinala que non crea ningunha competencia nin misión novas para a Comunidade nin para a Unión e non modifica tampouco as competencias e misións definidas polos tratados. Desta maneira os dereitos fundamentais, tal e como están garantidos na UE, só producen efectos no marco das competencias determinadas polo tratado. As definicións aplícanse ás institucións e ós órganos da Unión, así como ós estados membros cando apliquen o dereito comunitario. En consecuencia, todos eles han respecta-los dereitos, observa-los principios e procura-la súa aplicación conforme as súas respectivas competencias.

Por outra parte, a carta fai unha regulación unitaria dos límites dos dereitos a propósito da regulación do alcance dos dereitos recoñecidos. Esta regra xeral ten dúas excepcións:

■ En primeiro lugar, cando os dereitos recoñecidos pola carta teñen o seu fundamento nos tratados comunitarios ou no TUE, aqueles exerceñense nas condicións e dentro dos límites determinados por estes.

■ En segundo termo, para establecer un principio de homoxeneización entre o CEDH e maila carta, indícase que cando esta conteña dereitos que lles correspondan a dereitos garantidos por aquel, o seu sentido e alcance non serán iguais ós que lle confire este convenio.

Para determina-lo alcance dos dereitos garantidos en ámbolos ordenamentos xurídicos haberá que ter tamén en conta a xurisprudencia do TXCE e do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH). Isto non impide, conforme a carta, que o dereito da Unión lles conceda unha protección máis extensa ós dereitos recoñecidos. Introdúcese tamén a cláusula do *estándar* mínimo de protección, segundo o cal ningunha das disposicións da carta poderá interpretarse como limitativa ou lesiva dos dereitos humanos e liberdades fundamentais recoñecidos, no seu respectivo ámbito de aplicación, polo dereito da Unión, o dereito internacional, os convenios internacionais de que sexa parte a Unión, a Comunidade ou os estados membros, en particular o CEDH, así como polas constitucións dos estados membros. Esta cláusula, inspirada no propio CEDH e noutros tratados internacionais, podería desvirtua-lo principio de primacía do dereito comunitario e, polo tanto, a uniformidade na

súa aplicación cando os dereitos recoñecidos na carta reciban un nivel superior de protección polas constitucións nacionais. Nembargantes, Gómez-Reino entendeu que esa eventual quebra do principio de uniformidade neste sector específico e de gran transcendencia pode ser un risco perfectamente asumible. A referencia particular ó CEDH debe entenderse como que en ningún caso o nivel de protección ofrecido pola carta poderá ser inferior ó garantido polo CEDH e, en consecuencia, o réxime das limitacións previstas nela non pode acharse por debaixo do nivel previsto polo convenio. Por último, a prohibición do abuso de dereito recollida no artigo 54 da carta establece que ningunha das disposicións dela poderá interpretarse nun sentido que implique un dereito calquera a dedicarse a unha actividade ou a realizar un acto tendente á destrución dos dereitos ou liberdades recoñecidos na carta ou a limitacións máis amplas destes dereitos e liberdades cás previstas nela.

No que respecta á determinación do alcance xurídico da carta, o Consello Europeo de Niza remitiu a cuestión a unha data posterior. O Consello Europeo de Colonia advertira pouco antes que habería que estudar se a carta debe incorporarse ós tratados e, en caso afirmativo, de qué maneira ha facerse. Así pois, o problema que se suscita, indicou Gómez-Reino, é o do porte xurídico da carta antes da súa eventual incorporación ós tratados. Na doutrina científica existe unanimidade sobre o carácter programático da carta. Isto é, non se trata dun texto normativo que vincule directamente as institucións e órganos comunitarios nin os estados membros na aplicación do dereito comunitario. Así o entendeu tamén a Comisión, manifestando que o TXCE se inspirara na carta e que certamente se pode esperar que a carta sexa en calquera hipótese vinculante pola vía da súa interpretación polo TXCE en tanto que principios xerais do dereito comunitario. Con independencia da súa eventual integración nos tratados a través dos mecanismos pertinentes e do alcance do seu valor normativo, segue pendente a cuestión da adhesión da Unión Europea ó CEDH. A Comisión ten manifestado que a existencia da carta non minorará o interese desta adhesión, que tería por efecto establecer unha tutela externa dos dereitos fundamentais na Unión. En principio, non existe ningún inconveniente insalvable para que a UE poida ser controlada en última instancia por un órgano xurisdiccional de carácter rexional –coma o TEDH– nesta materia específica, mais o TXCE foi sempre remiso a facerlle concesións á súa posición de xuíz supremo e último na aplicación e interpretación do dereito comunitario. A doutrina tamén ten esgrimido as súas razóns en contra de tal adhesión, mais, aínda que son argumentos respectables, non describen na súa integridade a realidade europea.

De seguido, Ricardo Alonso García, catedrático de dereito administrativo da Universidade Complutense de Madrid, expuxo o tema *Princi-*

pios institucionais e políticos da Comunidade: o Tratado de Niza. Comezou o relator a súa intervención recordando o obxectivo de Niza: prepara-la Unión Europea para futuras ampliacións, abordando a reforma frustrada en Amsterdam. Estamos ante un tratado que ten como finalidade esencial garanti-la operatividade dunha organización composta presumiblemente nun futuro próximo por vinteseite membros. O auténtico debate de fondo sobre a súa posible evolución política posponse á conferencia intergubernamental prevista para o ano 2004. Os dous grandes eixes que impulsan a reforma de Niza son a necesidade de adapta-las institucións existentes para mante-la súa operatividade, buscando á vez un reequilibrio no peso dos estados e maila necesidade de flexibiliza-la activación do mecanismo da cooperación reforzada, dado o espectacular aumento da diversidade de intereses e capacidades nacionais. Dito isto, Alonso García pasou a analiza-las reformas operadas no primeiro dos ámbitos referidos, centrando a súa exposición nos resultados de Niza. Referiuse ás modificacións realizadas no Consello, na Comisión, no Parlamento Europeo, no TXCE e no Tribunal de Contas. Os aspectos relativos ó TXCE foron obxecto de análise máis detida pola tarde, na intervención a cargo de Mariano Bacigalupo.

CONSELLO. Malia se-la institución que provocou máis quebracabezas nas negociacións, atopamos tan só un pequeno cambio no artigo 207 do TCE, consistente en implanta-la maioría cualificada en detrimento da unanimidade para os efectos do nomeamento do secretario xeral e do secretario xeral adxunto. As modificacións, que afectan o sistema de ponderación de votos no seu seo así como o *modus operandi* da maioría cualificada, non entrarán en vigor ata o primeiro de xaneiro de 2005.

COMISIÓN. As reformas introducidas polo Tratado de Niza na Comisión están vinculadas ás que se produzan no Consello, xa que comprenderá un nacional de cada un dos estados membros, sempre que para esa data se teña modificado a ponderación dos votos no Consello dunha maneira aceptable para tódolos estados membros, en especial para os que renuncien á posibilidade de designar un segundo membro da Comisión. A finalidade da reforma de Niza é a consabida ampliación da UE: a medida que aumente o número de estados membros coas novas incorporacións, tamén o fará o número de comisarios, xurdindo a necesidade de poñer un límite baixo risco, do contrario, de converte-lo colexio de comisarios nunha asemblea de delegados nacionais. Partindo de tal premisa, a reforma pensouse de maneira gradual: a partir do primeiro de xaneiro de 2005 a Comisión contará cun nacional de cada un dos estados membros, regra esta que se manterá coas ampliacións ata chegar ós 27 socios, momento a partir do cal o número de membros da Comisión será inferior ó número de estados membros, elixíndose aqueles segundo unha

rotación igualitaria, que deberá seguir pautas de estricta igualdade. Mais Niza tamén introduce reformas destinadas a entrar en vigor de maneira inmediata que, ademais de reforza-lo protagonismo do presidente co fin de garanti-la eficacia e operatividade dun colexio numeroso, parecen implicar unha resposta anticipada á perda de poder dos grandes e de España na Comisión a partir do primeiro de xaneiro de 2005:

■ Fronte ó sistema actual, en que o candidato a presidente da Comisión é designado de común acordo polos gobernos dos estados membros, o novo sistema prevé a súa designación polo Consello, reunido na súa formación de xefes de estado ou de goberno, decidindo por maioría cualificada.

■ Tamén fronte ó sistema actual, o Consello, na súa formación ordinaria, elixe por maioría cualificada, de común acordo co presidente, os demais candidatos a membros da Comisión. Obtida colexiadamente a aprobación do Parlamento, o presidente e mailos demais membros da Comisión son nomeados polo Consello por maioría cualificada.

■ Ó presidente corresponderalle non só, como agora, fixa-la orientación política da Comisión, senón tamén decidi-la súa organización interna. En efecto, compételle estruturar e reparti-las responsabilidades que incumben á Comisión entre os seus membros, que exercen as súas funcións baixo a súa autoridade, e tamén, despois da aprobación do colexio, nomea-los vicepresidentes. En canto ós seus poderes de dirección política, ten a prerrogativa de forza-la dimisión de calquera comisario, tamén logo da aprobación do colexio.

PARLAMENTO EUROPEO. É a institución que menos cambios estruturais sofre coa reforma de Niza. Por unha banda, amplíase o límite máximo de eurodeputados establecido en Amsterdam, pasando de 700 a 732. Isto foi consecuencia da presión alemana por facer valer aquí o seu peso demográfico. Ante a aspiración xermana de manter intocable o seu número actual de 99 eurodeputados, non quedou máis remedio que amplia-lo límite de Amsterdam baixo risco, do contrario, de non encaixar proporcionalmente o número de escanos correspondentes ós futuros estados membros. Por outro lado, advírtese un paso máis no desexo de reforza-la consciencia dunha colectividade europea a través da consolidación dos partidos políticos a escala europea, coa previsión do establecemento, vía codecisión, do seu estatuto e, en particular, das normas relativas ó seu financiamento. Tamén se reforza o papel institucional do Parlamento mediante diversas medidas: a previsión de novos supostos en que a intervención comunitaria ha producirse vía codecisión, o recoñecemento da súa lexitimación privilexiada para recorrer en anulación ante Luxemburgo e mailo recoñecemento da súa lexitimación para activar ante o TXCE o control previo de compatibilidade co tratado dos acordos internacionais que celebre a UE con terceiros estados ou organizacións.

TRIBUNAL DE CONTAS. O Tratado de Niza asume a súa composición por un nacional de cada estado membro, rexeitando a equiparación solicitada co TXCE, no que respecta ó procedemento de nomeamento, que seguirá a ter lugar, logo da consulta ó Parlamento Europeo, polo Consello, modificada a unanimidade pola maioría cualificada (a diferenza do TXCE, en que os xuíces son nomeados de común acordo polos gobernos nacionais). Con relación á adopción do seu regulamento interno, o Tratado de Niza prevé que sexa elaborado polo mesmo Tribunal de Contas e posteriormente aprobado polo Consello por maioría cualificada; así mesmo, prevé a posibilidade de creación no seu seo de salas para aprobar determinadas categorías de informes ou de dictames nas condicións previstas no seu regulamento interno. E, polo que respecta ás súas funcións, incorpora a posibilidade de completa-la súa declaración anual, de carácter xeral, sobre a fiabilidade das contas e maila regularidade e legalidade das operacións con apreciacións específicas para cada un dos principais ámbitos da actividade comunitaria.

Logo dun breve descanso, tomou a palabra Manuel Rebollo Puig, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Córdoba, quen nos falou do *principio de libre circulación de mercancías*. Principiou recordando que a libre circulación de mercancías é unha das catro liberdades básicas do dereito comunitario europeo, xunto coas liberdades de circulación de persoas, de servizos e de capitais. Ó mesmo tempo é condición necesaria para a efectiva existencia dun mercado común e do mercado único. Entráñalles, dende logo, limitacións ós poderes dos estados membros e tamén poderes das institucións comunitarias para controlar que os estados non introduzan limitacións ilícitas a esta liberdade e para aprobar certas normas comúns e regras harmonizadas. Atópase en concreto regulada nos artigos 23 a 31 do Tratado de Roma, ademais doutros preceptos deste conectados estreitamente a ela.

O contido desta liberdade implica basicamente unha *unión aduaneira* e unha *unión comercial, xurídica e técnica*. A primeira comprende a prohibición de dereitos de aduana ou exaccións de efecto equivalente entre estados membros e maila existencia dun arancel aduaneiro común nas relacións dos estados membros con terceiros estados. A segunda concrétese na adecuación dos monopolios nacionais comerciais, na prohibición de restricións cuantitativas á importación e á exportación e tamén na prohibición de medidas equivalentes ás anteriores.

Ademais hai outros aspectos que, non formando parte da liberdade de mercancías, considéranse coadxuvantes para acadalos mesmos fins: a eliminación de discriminacións fiscais e mailo establecemento dunha política comercial común ou a supresión das axudas estatais incompatibles co tratado. No tocante ó ámbito obxectivo desta liberdade, Rebollo

aclarou o concepto de mercancía e qué mercancías se benefician desta liberdade. O concepto de mercancía é amplísimo incluíndo calquera produto susceptible de ser obxecto de transaccións comerciais. Segundo o TXCE mercancías son os produtos que poden valorarse en diñeiro e que como tales poden ser obxecto de transaccións comerciais, aínda que non sexan estrictamente bens de consumo ou de uso xeral ou de comercio común. O tratado delimita o ámbito obxectivo da prohibición de aranceis entre estados membros, pero tamén o das restricións cuantitativas e medidas de efecto equivalente e da adecuación dos monopolios. Pola súa procedencia inclúense dous tipos de produtos: os orixinarios dos estados membros e maillos procedentes de terceiros países que, importados lícitamente nun estado membro e atopándose en libre práctica nel, equipáranse ós primeiros.

UNIÓN ADUANEIRA. O ámbito espacial da unión aduaneira non coincide exactamente co territorio dos estados membros da CE. Algúns regulamentos comunitarios e, sobre todo, algúns tratados de adhesión así o impuxeron. Este ámbito é en parte máis restrinxido (non inclúe as Canarias, Ceuta e Melilla) e en parte máis amplo (porque inclúe a República de San Mariño, Mónaco e Andorra, alomenos para certos produtos).

Polo que se refire á *supresión dos dereitos de aduana*, supón a eliminación de tódolos tributos ou cargas pecuniarias de calquera xénero que graven a importación ou a exportación de produtos. Polo tanto, a supresión afecta tanto os dereitos de aduana de carácter fiscal coma a aqueles que perseguen un obxectivo proteccionista da produción nacional. Pero a liberdade de circulación tamén lles comporta a *supresión das exaccións de efecto equivalente* ós que producen os dereitos de aduana. O TXCE inclúe neste concepto calquera carga que grave as mercancías polo feito de pasaren a fronteira dun estado membro procedente doutro tamén membro, sexa cal fora o nome que se lle dea a esa carga e maila configuración xurídica coa que se presente e sen que tampouco sexa relevante a finalidade perseguida nin o destino do recadado. Tampouco importa que exerza ou non un real efecto discriminatorio entre os bens nacionais e estranxeiros nin o feito de que o produto nin sequera compita cun nacional.

A instauración do *arancel aduaneiro común* con estados terceiros consiste en fixar unha tarifa común e toda unha normativa arancelaria que se inscribe no marco máis amplo dunha política comercial común cos estados non membros da Comunidade. O Consello, por maioría cualificada e a proposta da Comisión, é o competente para fixar mediante regulamentos os dereitos do arancel aduaneiro común. A normativa arancelaria baséase nos seguintes elementos:

- A nomenclatura arancelaria.
- As tarifas arancelarias comúns.

■ O valor das mercancías é a base imponible. O criterio xeral para fixalo é o de acudir ó valor transaccional ou prezo pactado, pero hai numerosas excepcións e varios criterios subsidiarios.

■ A orixe das mercancías. É importante determinala porque ás veces depende dela a tarifa aplicable e ademais conéctase coa non esixencia de dereitos de aduana ós produtos orixenarios dos estados membros.

O destino do recadado polos pagamentos destes aranceis correspóndelle maioritariamente á propia CE, mentres que ó país recadador só se lle atribúe unha porcentaxe polos gastos efectuados.

UNIÓN COMERCIAL, XURÍDICA E TÉCNICA. En primeiro lugar comporta a *prohibición total entre os estados membros de restriccións cuantitativas á importación e á exportación*, que impide que os estados lles establezan cotas ou continxentes máximos ás importacións ou exportacións, sen que importe que lle produzan restriccións ó comercio comunitario, que aumentaría se non existisen. Así mesmo impónse a *adecuación dos monopolios nacionais de carácter comercial*. O concepto de monopolio nacional é relativamente amplo: todos aqueles mediante os cales un estado membro, *de iure* ou *de facto*, directa ou indirectamente, controle, dirixa ou inflúa sensiblemente nas importacións ou nas exportacións entre os estados membros. Por outra banda non hai unha prohibición radical destes monopolios, senón un mandato de adecuación de maneira que quede asegurado que non haxa discriminación entre os nacionais dos estados membros respecto das condicións de abastecemento de mercado. Ocorre, sen embargo, que determinados tipos ou formas de monopolios comerciais considéranse non susceptibles da adecuación necesaria e, polo tanto, prohibidos radicalmente. Así considerouse prohibido en todo caso que se acumulen os monopolios de produción e de exportación ou importación. A mesma solución hai que aplicarles ós monopolios de comercialización por xunto.

Pero ademais prohibense as *medidas de efecto equivalente ás restriccións cuantitativas á importación e á exportación*. Esta prohibición dos artigos 28 e 29 do Tratado de Roma refírese a medidas, debendo tratarse de medidas imputables a unha autoridade pública. Con esa condición subxectiva pola súa procedencia, o concepto, polo demais, é moi amplo, sendo o definitorio o efecto, o resultado, non o fin co que se adopten. E ese efecto ha ser equivalente ó dunha restricción cuantitativa: reduci-lo número de importacións ou de exportacións, sendo ilícitas aínda que non produzan no caso concreto esa redución, bastando que potencialmente sexan capaces de producir ese resultado, é dicir, basta un efecto equivalente potencial. En calquera caso non é requisito que produzan unha total imposibilidade de importar ou exportar, senón que é suficiente con que supoñan unha dificultade para o comercio intracomunitario potencialmente capaz de reduci-lo. Entre estas medidas de efecto equivalente

incluíronse destacadamente algunhas das normas nacionais reguladoras das condicións dos distintos productos, impostas coas máis diversas finalidades públicas e que lle supoñen unha dificultade á libre circulación de mercancías. A forma ordinaria de eliminar ou, polo menos, diminuír estes obstáculos consiste fundamentalmente na harmonización das lexislacións dos estados membros mediante directivas. Aínda que as autoridades nacionais han aprobar despois normas de transposición, a directiva vincula os estados membros de maneira que as distintas regulacións que adopten serán en tal grao uniformes que, en principio, non constituirán obstáculo á libre circulación de mercancías. Nalgúns campos utilizouse a vía dos regulamentos que xa, máis ca un instrumento de harmonización, o son de unificación da lexislación porque substitúen ou superpóñense ás normas nacionais de maneira que é o procedemento máis radical para a eliminación de trabas técnicas ós intercambios comunitarios. Mais o problema preséntase na súa plenitude con relación ós productos que non foron obxecto de harmonización, xa que poden subsistir as disposicións nacionais reguladoras das condicións dos distintos productos, que, nalgúns casos, poden chegar a ser consideradas medidas de efecto equivalente e, polo tanto, prohibidas. Así pois, trátase de determinar cándo entran nese difuso concepto e cándo non. Pero antes, é necesario engadir as seguintes excepcións que fai o artigo 30: as disposicións dos artigos 28 e 29 non han ser obstáculo para as prohibicións ou restricións xustificadas por razóns de orde pública, moralidade e seguridade públicas, protección da saúde e vida das persoas e animais, preservación dos vexetais, protección do patrimonio artístico, histórico ou arqueolóxico nacional ou protección da propiedade industrial ou comercial. Non obstante, tales prohibicións ou restricións non deberán constituír un medio de discriminación arbitraria nin unha restricción encuberta do comercio entre os estados membros.

Para a interpretación dos artigos 28 a 30 distínguense entre normas nacionais indistintamente aplicables a productos nacionais e ós provenientes doutros estados membros e normas que, pola contra, só son aplicables a estes últimos. En principio considerouse que só as normas unicamente aplicables ós productos provenientes doutro estado membro podían ser medidas de efecto equivalente, mentres que as normas nacionais indistintamente aplicables non se entendían incluídas entre as medidas de efecto equivalente, aínda que dificultaran a circulación intracomunitaria de mercancías. Posteriormente afirmouse a posibilidade de que nalgún caso tamén as normas indistintamente aplicables constituían medidas de efecto equivalente prohibidas, se restrinxen efectivamente o comercio intracomunitario. Malia todo, non serán medidas de efecto equivalente se perseguen algunha das finalidades do artigo 30 ou satisfán esixencias imperativas relativas, particularmente, á eficacia

dos controis fiscais, á protección da saúde pública, á lealdade das transaccións comerciais ou á defensa dos consumidores, sempre que sexan realmente necesarias para acadar esas finalidades. E o TXCE matizou que a aplicación de disposicións nacionais que limiten ou prohiban certas modalidades de venda non obstaculiza o comercio entre os estados membros sempre que se apliquen a tódolos operadores afectados que exerzan a súa actividade no territorio nacional e sempre que afecten do mesmo modo a comercialización dos produtos nacionais e a dos procedentes doutros estados membros. Mais esta rectificación refírese só ás disposicións nacionais relativas a modalidades de venda, non ás que regulan os requisitos das mercancías. O TXCE considera condicións de venda non só as circunstancias relativas á dimensión temporal ou espacial da venda de mercancías, senón tamén as técnicas de promoción de vendas e publicidade.

Rebollo rematou a súa intervención sinalando que este panorama hai que completalo coa ampla xurisprudencia comunitaria que vai poñendo de relevo a enorme potencialidade da libre circulación de mercancías e maila súa capacidade para afecta-las máis clásicas intervencións estatais.

A seguinte intervención estivo a cargo de José Suay Rincón, catedrático de dereito administrativo da Universidade das Palmas de Gran Canaria, quen nos ilustrou sobre *Os principios inspiradores do dereito sancionador comunitario*. Comezou destacando que a construción dun dereito administrativo sancionador dende a Unión Europea atopa non poucas dificultades. De entrada está a enorme diversidade dos réximes xurídicos dende a que os estados membros da UE acometen a regulación da potestade sancionadora das súas respectivas administracións. Xunto a este dato convive outro tanto máis decisivo: as reticencias dos propios estados membros a lles cede-la titularidade e o exercicio das súas competencias executivas e de administración a instancias alleas e afastadas. A proclamación do principio de subsidiaridade agrava as dificultades iniciais que, por outro lado, encontran o seu complemento ideal na falta de suficiente lexitimidade democrática das institucións europeas. Todo isto fai que a aplicación do dereito comunitario, coa excepción de certas materias, lles quede remitida no seu conxunto ós estados membros e ás súas instancias internas. Así a falta de atribución de poderes sancionadores, en termos xerais, ás institucións comunitarias complica enormemente a creación, non xa dun ordenamento sancionador común, senón incluso a institución dun *corpus* mínimo de principios básicos en materia sancionadora. Dende o punto de vista doutrinal a cuestión de fondo semella bastante decantada cara á progresiva ampliación das competencias sancionadoras das institucións comunitarias. Pero os argumentos

antes invocados seguen a operar como obstáculos insalvables, aínda que o problema, máis ca propiamente dogmático, é de carácter práctico ou, se se prefire, político.

Na ampliación das competencias sancionadoras das institucións comunitarias as variantes son múltiples. De entrada pódense configurar dous modelos claramente diversos:

▮ Un modelo de corte máis radical levaría a recoñecerlles ás institucións comunitarias o exercicio íntegro de potestades sancionadoras, o que, á súa vez, levaría consigo a atribución á UE de competencias non só para delimita-las infraccións ou ilícitos, senón tamén para acordaren, se é o caso, a imposición das sancións correspondentes.

▮ Un modelo inicialmente máis debilitado distingue o poder de establecemento das infraccións e o poder de imposición das sancións, para distribuí-lo exercicio de ámbolos poderes en sedes diferentes. Desta maneira, no establecemento das infraccións poderá darse unha intervención máis activa das instancias comunitarias, mentres que, pola contra, a imposición de sancións manterase íntegra nos estados membros e nas súas instancias internas. Dentro deste modelo cabe unha variante máis moderada, de xeito que a UE participaría no exercicio da potestade sancionadora mediante a determinación dos elementos configuradores básicos e fundamentais das infraccións, para remitirle a concreción dos restantes elementos á decisión dos propios estados membros.

As experiencias sucesivas acometidas dende a UE permiten afirmar que se teñen producido avances de ámbolos modelos, aínda que cun claro predominio do segundo, incluso baixo a súa segunda variante. O relator insistiu en que a problemática obedece máis a dificultades político-institucionais. En efecto, no momento presente a UE fortalécese horizontalmente a través da posta en práctica dos seus mecanismos de ampliación, pero á custa dunha redución na intensidade das súas propias accións, isto é, a perda do seu fortalecemento vertical. En último termo, ha notarse que o dereito comunitario no seu conxunto e, a través del, a propia idea da UE non acadarán nunca a plenitude se operan só na fase normativa; entón a aplicación do dereito comunitario non pode confiárselles en termos exclusivos e absolutos ós seus estados membros e ás súas institucións internas.

De seguido, o relator fixo un seguimento das diversas fases que atravesou a aplicación do dereito comunitario en relación coa competencia sancionadora. Unha primeira fase caracterízase pola indefinición sobre os mecanismos de execución do dereito comunitario polos estados membros. En efecto, unha cláusula xeral na maioría das disposicións de dereito comunitario era a de que os estados adoptaran tódalas medidas necesarias para garanti-lo seu cumprimento. Practicamente, de entrada a isto se limitaban as tales disposicións, o que resulta insuficiente. As obri-

gas impostas nos diversos sectores suxeitos á acción comunitaria si aparecían enunciadas con suficiente claridade, mais coa súa mera previsión non bastaba para asegura-la súa virtualidade. O cumprimento das tales obrigas podía facerse de modo espontáneo, pero era preciso estimulalo a través das correspondentes medidas encamiñadas a tal propósito. Entre as tales medidas están as de índole sancionadora. Pero o que agora interesa é determinar de qué maneira se configuraron os mecanismos en garantía do cumprimento do dereito comunitario. Nun primeiro período o control da UE sobre o desenvolvemento e execución dos seus instrumentos normativos asentouse basicamente sobre técnicas de supervisión para inspeccionalo cumprimento efectivo polos estados membros do dereito comunitario. Nun segundo momento a UE incluíu nas súas disposicións medidas sancionadoras a adoptar polos estados membros. Aínda que estas disposicións esixen o seu correspondente desenvolvemento pola normativa interna, algunhas das medidas figuran previstas xa de antemán dende as propias disposicións comunitarias. Entre as medidas sancionadoras así previstas rara vez se consideran as sancións típicas, as multas. Na maioría das ocasións a atención céntrase sobre medidas máis ben de carácter reparador ou similares e cando se mencionan as multas faise unha referencia xenérica a elas, que fai imprescindible o seu desenvolvemento normativo posterior polos estados membros. Nun último período avanzouse máis se cabe e chegouse incluso ó recoñecemento de competencias sancionadoras a favor das propias instancias comunitarias, por exemplo en materia de ordenación das entidades de crédito e financeiras. Non son máis ca exemplos ocasionais pero, máis alá do seu contexto propio, poden contribuir de maneira decisiva á consolidación dun *corpus* mínimo de principios básicos en materia sancionadora.

Practicamente tódolos principios afirmados pola xurisprudencia comunitaria están xa incorporados á nosa propia lexislación, pero sempre poden atoparse algunhas matizacións respecto das regulacións tradicionais españolas. Entre os principios así afirmados cabe destaca-lo *dereito do interesado a coñece-los documentos achegados ó expediente*. A xurisprudencia proclama o deber da Comisión de permiti-lo coñecemento de tódolos documentos, prexudiciais ou favorables, obtidos durante a investigación e instrución, salvo os estrictamente confidenciais. O *dereito a ser oído no curso do expediente* constitúe unha garantía procedemental básica e proxéctalle a súa virtualidade á xeneralidade dos procedementos administrativos, aínda que nos sancionadores é onde se atopa a súa orixe última e tamén o seu desenvolvemento máis acabado, e debe asegurarse incluso en ausencia de normativa específica que o regule. Outros principios igualmente aplicables son:

- A motivación da resolución sancionadora.
- A proporcionalidade na aplicación das sancións adoptadas.

■ O principio da dilixencia debida, que mira a asegura-la imparcialidade da Administración sancionadora no exame de tódolos aspectos fácticos e xurídicos relevantes.

O TXCE realizou un meritorio traballo na identificación dos principios xerais comunitarios, tomando como base os propios ordenamentos nacionais, extraendo deles os seus trazos máis característicos. Resulta inquestionable que se están a forma-las bases dun auténtico dereito administrativo europeo, en que as bases son os principios establecidos pola xurisprudencia do TXCE. E este dereito, formado a partir dos ordenamentos nacionais, postula tamén a súa propagación polos estados membros, nun movemento de ida e volta.

Rematou o relator a súa intervención destacando a innegable repercusión do dereito comunitario sobre o dereito sancionador dos estados membros, consecuencia mesma do principio de primacía deste dereito sobre o dereito interno. Máis alá disto, o dereito comunitario pode determina-la necesidade de acometer accións positivas sobre os ordenamentos nacionais, ó impoñerlles ós estados membros a obriga de incorporar sancións para garanti-lo efectivo cumprimento das disposicións comunitarias. Este cumprimento efectivo pode tratar de asegurarse, en segunda instancia, mediante a previsión polas propias institucións comunitarias dos axeitados mecanismos sancionadores.

A primeira intervención da tarde estivo a cargo de Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, profesor titular interino da Escola Universitaria de Dereito Administrativo da UNED, quen expuxo *os principios ordenadores da función pública comunitaria*.

O estudio da función pública das comunidades europeas é un dos aspectos máis esquecidos na análise da integración europea, mais non por isto os funcionarios e axentes comunitarios se viron exentos de constituí-lo branco dos prexuízos e da ignorancia de persoas euroescépticas, que descargan responsabilidades nun persoal que se considera blindado de privilexios pero que, paradoxalmente, carece dunha capacidade real de decisión. Existen tres grandes problemas que caracterizan, de forma xeral, o dereito de funcionarios das organizacións internacionais, distinguíndoo do dereito de funcionarios nacionais: o problema da repartición xeográfica, o problema da dobre lealdade e mailo da independencia dos funcionarios respecto dos seus países de orixe.

INDEPENDENCIA. O principio fundamental que informa a función pública das comunidades europeas é o *principio de independencia*. A natureza integradora das comunidades europeas impuxo a necesidade de configurar un sistema de función pública que asegurase a independencia do seu persoal fronte a calquera tipo de inxerencia externa. Por isto as comunidades europeas optaron dende un principio por un modelo

en que o vínculo entre o seu persoal e as institucións presentaba unha natureza netamente estatutaria. Este carácter estatutario do vínculo maniféstase na unilateralidade da determinación do réxime xurídico, sen negociacións persoais nin colectivas, así como no acto de nomeamento.

A natureza estatutaria do vínculo ten como consecuencia a estabilidade no emprego e tamén fai posible a configuración dun auténtico sistema de carreira. A *permanencia no emprego* é a contrapartida que os funcionarios adquiren por non teren participado no establecemento do réxime ó que se ven sometidos. En efecto, a relación de servizo non se somete a ningún termo, explícito nin implícito. Así mesmo, as causas de cesamento nas funcións limítanse ás tipicamente estatutarias (renuncia, xubilación, revogación por falta disciplinaria ou cesamento por incompetencia profesional), descoñecendo, por exemplo, o suposto da supresión do posto de traballo e reducindo o cesamento en interese do servizo a aqueles casos en que a condición de funcionario se teña adquirido mediante libre designación (directores xerais e directores).

Afirmada desta maneira a estabilidade, o *funcionario* eríxese en peza clave da función pública comunitaria. Isto non impide a presenza de supostos excepcionais de vinculacións contractuais. Estas figuras obedecen a necesidades funcionais e estruturais ás que lle ten que facer fronte toda función pública. Son os chamados *outros axentes*: axentes temporais, auxiliares, locais e conselleiros especiais. Existe ademais unha amálgama heteroxénea de axentes, denominados *persoal exterior* e sometidos a réximes xurídicos variados. A tipoloxía do persoal exterior pode establecerse segundo o seu réxime xurídico. Por un lado, os sometidos a unha regulamentación específica da Comisión (expertos nacionais en comisión de servizo, correspondentes de prensa, científicos visitantes, intérpretes autónomos). Polo outro, os que se rexen polo dereito privado (asesores e encargados de estudos, persoal de sociedades prestadoras de servizos, interinos, médicos, asistentes sociais ou profesores de idiomas). Isto obrigou a conceptualizalo funcionario comunitario dende un punto de vista substantivo: as funcións relacionadas coa representación, a negociación e mailo control do dereito comunitario, ou que impliquen o exercicio dun poder de valoración ou de decisión discrecional correspondente a unha verdadeira política comunitaria só poden ser exercidas por funcionarios.

EQUILIBRIO XEOGRÁFICO. Malia que a independencia sexa o valor supremo da función pública comunitaria, esta, coma toda función pública internacional, debe supeditar-las principios de mérito e capacidade e de igualdade á observancia dunhas cotas de representación dos diferentes estados membros. É o que se chama *equilibrio xeográfico*. O seu contido comprende unhas cotas de funcionarios e axentes para cada estado membro baseadas no principio de equivalencia. A necesidade de

respectar estas cotas produce efectos perversos no seo da Administración comunitaria, pero, paradoxalmente, tamén efectos beneficiosos para o interese do servizo. As consecuencias daniñas sobre a organización e xestión do persoal nótanse no recrutamento, nas promocións e na provisión de postos ou no réxime. Efectos positivos son que permite unha mellor comprensión das realidades e mentalidades nacionais, sendo unha garantía da calidade da acción comunitaria. O resultado final é dunha eficacia sorprendente mesmo para os propios protagonistas.

SISTEMA DE CARREIRA. No tocante á carreira dos funcionarios comunitarios, as *formas de ingreso* fundaméntanse nos principios de mérito e de capacidade que, ó entraren en relación co principio de igualdade, determinan que o *concurso* sexa o medio por excelencia de acceder á función pública comunitaria. Xunto co concurso, a Administración está autorizada a utiliza-lo procedemento de *libre designación*, subsidiario e excepcional, para nomea-los postos máis elevados da xerarquía administrativa e para postos de traballo que requiran unha especial cualificación. Malia isto, o procedemento de ingreso pode sorprender pola dobre escala sucesiva en que se divide o concurso: selección e recrutamento. A *selección* é obra dun tribunal do concurso, nomeado a tales efectos, que elabora unha lista de candidatos que superan unhas probas eliminatorias. O *recrutamento* lévao a cabo a propia Administración que, tendo en conta as listas elaboradas polo tribunal, elixe as persoas que nomeará funcionarios conforme criterios de oportunidade. O sistema de *provisión de postos* de traballo comprende técnicas estatutarias (promoción, traslado, concurso, transferencia, interinidade e comisión de servizo), completadas coa técnica da reafectación, que lle permite á Administración cambiar de destino os seus funcionarios seguindo un procedemento máis flexible có previsto para o traslado.

As *condicións xerais de acceso* son as que seguen: ser nacional dun dos estados membros; estar no pleno gozo dos seus dereitos políticos; estar en situación regular respecto ás leis de recrutamento ó servizo militar que lles sexan aplicables; garantías de moralidade; aptitudes físicas requiridas para o exercicio das súas funcións; e coñecemento en profundidade dunha das linguas das comunidades e un coñecemento satisfactorio doutra delas. No tocante ás *situacións administrativas*, fóra da situación habitual de servizo activo, atopámonos coa comisión de servizo, a excedencia voluntaria, a excedencia forzosa e maila excedencia por servizo militar. A carreira do funcionario refórzase pola técnica da promoción, potestade discrecional da Administración que decide as promocións mediante libre designación entre funcionarios cunha antigüidade mínima no seu grao e despois dun exame comparativo dos méritos dos candidatos e dos informes que lles concirnan. No que respecta ó *cesamento da relación de servizo*, as formas de finalización definitiva son as típicamente

estatutarias: renuncia, separación de oficio por incumplir determinadas obrigas ou requisitos estatutarios, cesamento por interese do servicio, separación por incompetencia profesional e xubilación, que pode ser de oficio. Xunto a estes medios estatutarios, atopámonos con réximes especiais establecidos por regulamentos específicos, como é o caso das situacións creadas por mor da adhesión de novos estados membros.

DEREITOS E OBRIGAS. O funcionario comunitario ha cumprir unha serie de obrigas no desempeño das súas funcións. Probablemente a máis destacable sexa a *obriga de independencia* que se concreta, dende un punto de vista negativo, en non solicitaren nin aceptaren instrucións de ningún estado, forza política ou grupo de presión e, dende un punto de vista positivo, en desempeña-las súas funcións e rexe-la súa conducta tendo como única guía o interese das comunidades. Todo isto concréta-se en consecuencias prácticas sobre a súa neutralidade política ou no sistema de incompatibilidades. No que respecta ós dereitos dos funcionarios, o máis importante, sen dúbida, é o *dereito á retribución*, que se descompón en tres conceptos retributivos: un soldo base, uns complementos familiares e unha serie de indemnizacións compensatorias ou por razón do servicio. Un caso particular son os *privilexios e inmunidades* dos que se benefician os funcionarios comunitarios fronte ós estados membros. A principal consecuencia é a impropriamente denominada inmunidade fiscal, que fai pensar, erroneamente, que os funcionarios comunitarios non pagan impostos. En realidade, o que ocorre é que están exentos de paga-los impostos sobre a renda nacionais polas retribucións que perciben das comunidades. En contrapartida, teñen a obriga de pagar un imposto comunitario sobre estas rendas.

De seguido, Luís Ortega Álvarez, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Castela-A Mancha, encargouse de amosa-los *principios do medio natural no dereito comunitario*. Comezou incidindo na dificultade de delimita-lo concepto de medio natural, polo seu alcance case universal e que se relaciona cunha case infinita variedade de conceptos. Doutra banda, a preocupación do medio natural remóntase a só unhas cantas décadas, o que se explica pola concentración no tempo dunha pluralidade de factores que produciron a toma de conciencia do risco da supervivencia do planeta a medio prazo. Por isto, as políticas ambientais diríxense sobre todo a que o actual modelo de vida non provoque unha situación de desastre ecolóxico irreversible, para o que se artellan instrumentos que vaian atenuando os efectos deste modelo no medio natural. Estes instrumentos son moi variados: novos materiais e novas formas de enerxía renovable e de baixo custo; planificación das infraestruturas co pulo do transporte colectivo e o menor uso de enerxía nas calefaccións; promoción de novas pautas de conducta humana

que conduzan a un uso voluntario de produtos non contaminantes; imposición normativa de regras que han ser respectadas no tocante á protección do medio natural, ás formas de produción ou á utilización dos recursos. O paradigma actual de todas estas medidas resúmese na idea de desenvolvemento sostible, que pretende harmoniza-lo crecemento económico co respecto do medio, de maneira que poida xeneralizarse para tódolos seres humanos o aumento da calidade de vida e que isto sexa posible tamén para as xeracións futuras.

Xunto con este sentido teleolóxico da materia ambiental, o relator destacou o conxunto de principios que ordenan esta materia e que lle dan a súa propia peculiaridade fronte a outros sectores do ordenamento. En primeiro termo expuxo os catro principios estruturais, que son os que amparan o fin perseguido, cualificándoo: globalidade, horizontalidade, solidariedade e sostibilidade, que non só destacan pola súa amplitude, senón que enmarcan as características estruturais do fin ambiental.

O *principio de globalidade* indica que o fin ambiental de protección, conservación e mellora dos elementos que fan posible a vida no planeta ten unha dimensión mundial na medida en que os danos ó medio natural afectan o conxunto dos seres humanos. Precisamente, este descoñecemento que ten o medio natural das fronteiras políticas reclama novas formas de organización a escala mundial, o que pon en cuestión o dogma da soberanía. Pero, á vez, globalidade indica a existencia de cadeas conexas de problemas ambientais, en que a solución só pode ser abordada dende accións concretas, pero que en definitiva están conexas. O concepto de globalidade presenta un interesante punto de conexión co de subsidiaridade, no sentido de que se debe actuar no plano político-administrativo máis adecuado, aínda que o problema sexa xeral. O TCE ten en conta que un dos obxectivos da Comunidade sexa o do fomento de medidas a escala internacional destinadas a facerlles fronte ós problemas rexionais do medio natural.

A *horizontalidade* maniféstase nun dobre sentido: dunha parte o medio natural pode afectar unha grande diversidade de políticas e, doutra, é necesario que esas mesmas políticas se formulen tendo presente o marco ambiental. O Tratado de Amsterdam declara que as esixencias da protección do medio natural deberán integrarse na definición e na realización de políticas e accións da Comunidade. Estes elementos fan da horizontalidade un elemento moi relacionado có da sostibilidade, xa que este só é posible mediante unha visión integrada de políticas ambientais.

A importancia do *principio de sostibilidade* reside en que pretende modular e integrar dous valores necesarios para a humanidade: o crecemento económico do que se derive unha mellor calidade de vida material e maila protección do medio natural. Isto ten como consecuencia unha tendencia das normas do medio natural a regula-los procesos económicos para

elimina-los seus efectos nocivos sobre o medio natural e, pola contra, unha depuración das tendencias proteccionistas innecesarias que limitasen desproporcionadamente o crecemento. A sostibilidade introduce no concepto de medio natural o carácter de dereito limitado polas necesidades básicas da economía e ó mesmo tempo limitador de determinadas formas de crecemento económico. En definitiva, equilibrio e ponderación entre protección ambiental e desenvolvemento económico.

O *principio de solidariedade*, pecha a coherencia dos anteditos principios, xa que determinadas esixencias da globalidade e da sostibilidade non é posible acadalas sen a posta en práctica da solidariedade. Un primeiro elemento da sostibilidade, a necesidade de asegurarlles ás xeracións futuras a resolución dos seus problemas ambientais e de desenvolvemento, só é posible dende o prisma da solidariedade interxeracional, que ten unha manifestación inmediata no deber de non aniquilar nin poñer en perigo de extinción especies vivas e recursos non substituíbles. Ademais, a solidariedade ha expresarse en termos de compensación dos sacrificios de desenvolvemento económico que fagan determinados grupos humanos en beneficio da protección ambiental e de axuda naque- loutros casos en que lles sexa imposible o sustento ambiental. De non facerse así, o principio de globalidade, ameazado polo de soberanía política, deixaría de ter aplicación. Nesta liña o Tratado da Comunidade Europea establece a regra da cooperación con terceiros países e con organizacións internacionais.

Xunto a estes principios estruturais, Ortega mencionou os principios funcionais, que orientan sobre os instrumentos máis idóneos para acadalo fin da protección ambiental. Destacan principalmente os de prevención, causalidade e integración de custos ambientais.

O *principio de prevención* é fundamental na actuación ambiental, debido ó alto potencial de irreparabilidade dos danos ambientais e reside na potestade de sometemento das actividades con risco ambiental ós preceptivos controis, tanto previos coma de funcionamento. Dentro deste principio encádranse a técnica da avaliación de impacto e mailo subprincipio de cautela baseándose en que pode limitarse unha actividade potencialmente perigosa para o medio, aínda sen terse probado exhaustivamente a relación causa efecto. Este principio aparece especialmente vinculado ó de horizontalidade, xa que un dos requisitos esixibles ó resto das políticas é que se adopten os sistemas preventivos necesarios para a protección ambiental.

O *principio de causalidade* obriga a non deterse a acción preventiva ou reparadora no chanzo último onde se manifestou o dano ambiental, senón que deben recorrerse tódolos chanzos previos ata investiga-la causa do resultado danoso. Unha derivación deste é o principio de non translación da contaminación ou deterioración ambiental dun medio recep-

tor a outro, que permite limita-la circulación de residuos e obrigar a que o seu tratamento se produza no lugar máis próximo ó da súa orixe. Ademais, este principio funcional aparece ligado ó de globalidade, xa que un dano ambiental nun punto do planeta pode te-la súa orixe en actividades desenvolvidas a miles de quilómetros de distancia.

Finalmente, o principio de *integración de custos ambientais* pretende integra-la economía ambiental no circuíto da economía productiva tradicional. É dicir, introduci-lo custo que representa a prevención, mantemento ou rexeneración ambiental nos sistemas de fabricación de produtos ou de prestación de servicios que inciden no medio natural. A manifestación máis coñecida deste principio é a de que *quen contamina, paga*, que lle traslada ó axente responsable a obriga de repara-los danos causados ó ambiente. Outras manifestacións son a translación dos custos ambientais ós prezos, o establecemento de canons ou impostos ambientais e maila revenda de cotas autorizadas de emisións contaminantes. A primeira ten como finalidade que o consumidor pague realmente o que custa un produto ó que se lle engadiron os custos ambientais, como pode se-la recollida do produto que, logo do seu uso, se converta en residuo e maila súa reciclaxe. O segundo ten como obxecto establecerlles unha compensación económica ós poderes públicos polo uso ambiental de determinados recursos dirixida a sufraga-la contía da súa rexeneración. A última parte do suposto de autorizacións a empresas para emanar efluentes contaminantes a un medio. Se a empresa, por exemplo a causa dun investimento en nova tecnoloxía menos contaminante, non esgota a cota autorizada, pode vende-lo resto a outra empresa que si o necesita ou que non puidera instalarse por falta de cota.

Mariano Bacigalupo Saggese, profesor titular de dereito administrativo da UNED, centrou o interese da súa intervención sobre *os principios ordenadores do proceso comunitario* nunha análise detida das principais novidades que introduciu o Tratado de Niza no sistema xurisdiccional da UE, que clasificou en tres grandes grupos.

Modificacións que afectan a estrutura institucional da orde xurisdiccional da UE. Comezou precisando que o groso das competencias xurisdiccionais que lle corresponden ó TXCE refírense ó piar comunitario, aínda que xa o Tratado de Amsterdam e mailo TUE lle atribúen competencias máis alá deste estricto ámbito, concretamente no da cooperación intergubernamental en materia penal de índole xudicial e policial. Neste campo o Tratado de Niza achega unha segunda ampliación, pois introduce formalmente a posibilidade de que o Consello, por maioría cualificada, lles dirixa recomendacións ós estados nos que constate a existencia dun risco de vulneración de dereitos, o que garda relación coa atribución ó TXCE do control procedemental destas recomendacións.

Esta é a única modificación relativa ás competencias do Tribunal máis alá do piar comunitario. As modificacións máis importantes relativas ó TXCE atopámolos no marco institucional. En efecto, neste ámbito hai toda unha serie de importantes innovacións:

■ Reordenación da planta xurisdiccional das comunidades europeas. No artigo 220 do TUE enúnciase a existencia dun só órgano xurisdiccional comunitario, o TXCE, mentres que o Tratado de Niza menciona expresamente e en pé de igualdade o Tribunal de Primeira Instancia, que na actualidade é un mero tribunal engadido ó primeiro. Entón, a institución xurisdiccional das CCEE é unha, integrada por dous órganos, sen prexuízo da relación xerárquica entre eles. Ademais a planta xurisdiccional complétase coa posible creación de salas xurisdiccionais, situadas xerarquicamente por debaixo do Tribunal de Primeira Instancia, que han exercer competencias xurisdiccionais en determinados ámbitos específicos.

■ Relativas á competencia e funcionamento do TXCE. Este componse de quince xuíces, un por cada estado membro. Dende o punto de vista dunha Unión integrada por vinteseite estados, o Tribunal converteríase nunha asemblea xurisdiccional deliberante cos conseguíntes riscos para a unidade e a coherencia da xurisprudencia comunitaria. O Tratado de Niza tería que lle dar resposta a este problema, mais cedeu ante a presión dos estados, mantendo a regra dun xuíz por cada estado membro. Este problema tenta palialo cunha nova regra de funcionamento do Tribunal: créase unha gran sala que actuará nos supostos en que hoxe en día actúa e é competente o Pleno, integrada por once xuíces e da que formarán parte os presidentes das distintas salas que compoñen o TXCE, desaparecendo as de sete xuíces que hoxe prevé o tratado.

■ No relativo ós avogados xerais, que presentan conclusións nos distintos asuntos promovidos ante o TXCE, mantense o seu actual estatuto e o seu número fíxase en oito, coa posibilidade de que o Consello por unanimidade o aumente. Outra novidade é que, a diferenza do que hoxe establece o tratado, os avogados xerais han presentar conclusións só nos asuntos que, de conformidade co Estatuto do Tribunal, aprobado como protocolo anexo ó tratado, requiran a súa intervención.

■ No tocante ó estatuto xurídico dos xuíces do TXCE hai moí poucos cambios significativos: unicamente se lle define ó estatuto a regulación da renovación parcial, manténdose o actual formato de quince xuíces e o mesmo sistema de renovación parcial que prevé o tratado vixente.

■ Finalmente, para facilita-la adaptación das normas procedementais introdúcese que o Consello poida modifica-lo regulamento de procedemento por maioría cualificada, non por unanimidade como se esixe na actualidade.

Polo que se refire ó Tribunal de Primeira Instancia (TPI), tamén hai novidades diversas e importantes:

■ Polo que respecta ó número de xuíces, Niza prescinde de fixar un número concreto e establece que o TPI contará, alomenos, cun xuíz por cada estado membro, correspondéndolle ó Estatuto do Tribunal determina-lo número concreto, aínda que este mantén o número actual de quince xuíces. Á marxe da Conferencia de Niza, existe un acordo entre o TXCE e mailo TPI de incrementa-lo número de xuíces en seis, de tal maneira que pase a estar integrado por vinte e un xuíces, aínda que para isto o Consello tería que proceder a unha modificación do estatuto por unanimidade.

■ No tocante á modificación do regulamento de procedemento do TPI, incorpórase a mesma previsión axilizadora ca no caso do TXCE, de maneira que poderá acordala o Consello por maioría cualificada, non por unanimidade como está establecido na actualidade.

■ Dende hai ben tempo, a conxestión que sofre o TXCE levou a reclama-la descarga competencial no TPI e maila ruptura do monopolio prexudicial do TXCE. En efecto, descargouse no TPI o coñecemento dos chamados recursos directos, dado que na actualidade só coñece destes recursos cando os interpón un particular, mentres que se son interpostos por estados membros ou institucións comunitarias, a competencia, xa en primeira instancia, correspóndelle ó TXCE. O Tratado de Niza pretende propiciar esa descarga competencial e establece-lo principio de que o TPI será competente para coñecer dos recursos de anulación, por omisión, por responsabilidade extracontractual e en materia de función pública comunitaria, agás dos que se lles atribúan ás novas salas que poden crearse e os que o estatuto lle reserve ó TXCE. Redactado nestes termos, o artigo 225 do Tratado de Niza semella cumprir coa máxima de descarga-los recursos directos no TPI, mais o estatuto segue a reservarlle ó TXCE os recursos directos interpostos polos estados membros, as institucións da Comunidade e o Banco Central Europeo. Malia isto, nunha declaración que se lle xunta ó Tratado de Niza, os estados membros fan un chamamento a facer un exame global da repartición de competencias entre o TXCE e o TPI, de tal maneira que esa reserva de competencias en favor do TXCE que mantén o estatuto poida superarse nun futuro. A novidade máis importante é que se rompe co monopolio prexudicial do TXCE. En efecto, ata agora este tribunal tiña reservadas dúas competencias non susceptibles de compartición co TPI: o recurso por incumprimento contra os estados e as chamadas cuestións prexudiciais que os xuíces nacionais poden presentarlle. A partir da entrada en vigor do Tratado de Niza, o estatuto poderá prever que o TPI teña competencia prexudicial en determinados ámbitos materiais e as sentencias prexudiciais que dicte poderán ser obxecto de reexame promovido polo primeiro avogado xeral.

Dentro das cuestións que afectan a nova planta xurisdiccional das comunidades europeas atópase a posibilidade de creación, por acordo unánime do Consello, das chamadas salas xurisdiccionais para determinados ámbitos específicos. Niza prevé a posibilidade de que as primeiras salas deste tipo que se creen reciban as competencias en materia de función pública e marca comunitaria que na actualidade lle corresponden ó TPI. Tamén establece que as resolucións que dicten estas salas sexan susceptibles dun recurso de casación limitado a cuestións de dereito e, só se se establece outra cousa na norma de creación das salas, eses recursos serán de apelación, permitindo cuestionalos feitos. O TPI recibirá competencias en segunda instancia porque será o competente para coñecer dos recursos que se interpoñan contra as resolucións das salas xurisdiccionais e, á súa vez, esas sentencias que o TPI dicte poderán ser obxecto de reexame ante o TXCE.

Reformas tendentes a facilitar e axiliza-las posibles modificacións futuras das normas estatutarias e procedementais polas que se rexen o TXCE e mailo TPI. Non só se prevé que o Consello poida aprobar estas normas por maioría cualificada, non necesariamente por unanimidade, senón tamén que a petición do TXCE ou da Comisión, despois da consulta do TXCE, poida modificar por unanimidade o Estatuto do TXCE, malia ser un protocolo adxunto ó propio tratado e, polo tanto, un instrumento de dereito orixinario, agás o seu título primeiro.

Modificacións que se limitan a un axuste da actual regulación dalgunha das competencias clásicas do TXCE, consistentes basicamente en reforza-la lexitimación activa do Parlamento Europeo no sistema de recursos comunitarios. Actualmente o Parlamento Europeo non dispón da mesma lexitimación universal ilimitada da que gozan o Consello e a Comisión. Ata a data, no recurso de anulación tiña a mesma lexitimación có Banco Central Europeo e o Tribunal de Contas, é dicir, estaba lexitimado para impugnar en anulación un acto comunitario cando puidese predicar deste a vulneración específica de prerrogativas propias. O Tratado de Niza modifica o artigo 230 do TUE, que regula o recurso de anulación, incorporando o Parlamento Europeo no grupo de demandantes privilexiados para impugnar calquera acto comunitario. Tamén se reforza a posición procesual do Parlamento no marco da competencia consultiva que ten o TXCE para pronunciarse con carácter previo sobre a compatibilidade dos proxectos de acordos internacionais cos tratados. Ata a data o TUE establecía que só o Consello, a Comisión e mailos estados membros poden solicitar este dictame.

Manuel Campos Sánchez-Bordona, maxistrado do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo, expuxo, para remata-la xornada, o relatorio *A aplicación do dereito comunitario polos órganos xurisdiccionais*

nacionais. No proceso de construción xurídica europea o papel do TXCE é moi relevante. No deseño do complexo mecanismo de inserir un ordenamento comunitario dentro dos ordenamentos nacionais e de dotar de eficacia directa e de primacía un deles había dúas opcións iniciais para facilita-la súa operatividade. A primeira delas: establecemento dunha administración comunitaria propia implantada en tódolos estados, opción rexeitada. A segunda, que efectivamente se implantou, é a de aproveita-las institucións estatais, non tanto as nacionais coma outras institucións estatais desvinculadas de lazos xerárquicos que con carácter independente puideran garanti-la aplicación efectiva do dereito comunitario. Neste deseño engárgase o papel dos xuíces nacionais. Trátase de garanti-la aplicación uniforme de todo o dereito comunitario, correspondéndolle-lo papel de acada-la execución real e efectiva das normas comunitarias ós xuíces nacionais. Paralelamente, a Comisión, en canto garante dos tratados, comparte ese papel de conseguí-la aplicación do dereito comunitario e de vixiar que non se produzan infraccións deste. A Comisión, en virtude dese papel, pode dirixirse ó estado membro que actúe contrariamente a dereito comunitario e se non ten éxito na pretensión de que endereite esta actuación, poderá dirixirse ó TXCE para que este declare a infracción cometida. A decisión do tribunal terá forza suficiente para provocar, de non ser cumprida, a imposición de sancións.

Á parte deste mecanismo, a responsabilidade fíxose recaer nos xuíces dos estados membros. O TXCE ten marcado as liñas da primacía do dereito comunitario dicindo que os xuíces nacionais teñen que asegura-la efectiva execución do dereito comunitario, incluso en contra das súas propias normas nacionais. Esta consecuencia supón despraza-la forza vinculante da lei nacional, de maneira que o xuíz, enfrontado a un conflito entre a norma comunitaria e norma nacional, ten, pola súa propia autoridade e sen necesidade de acudir a ningunha formulación de cuestións de inconstitucionalidade, que despraza-la eficacia da norma nacional, con independencia do seu rango, para tira-las consecuencias necesarias que se deducen da primacía do dereito comunitario. Este poder que se lles atribúe ós xuíces vén en certo modo compensado por un mecanismo de consulta, de reenvío prexudicial, en virtude do cal os xuíces nacionais poden, en determinados casos, ou deben, se se trata de órganos que deciden en última instancia, remitirle ó TXCE unhas cuestións sobre a interpretación da norma comunitaria aplicable. Mais isto non impide o feito de que a interpretación e maila aplicación do dereito comunitario lle corresponden ó xuíz nacional.

Na formación do *corpus* xurídico comunitario, o papel do TXCE foi relevante, pero na implantación xurídica do proceso de construción europea tamén o foron cada un dos órganos xurisdiccionais dos estados membros que efectivamente aplicaron e fixeron viable a primacía do de-

reito comunitario. Con ocasión do problema de se a doutrina sentada polo Tribunal de Xustiza sobre a inaplicación da norma interna contraria a dereito comunitario éralle así mesmo extensible ó acto administrativo interno, o Tribunal ten dito que lle incumbe ó xuíz nacional deixar inaplicada calquera norma nacional contraria á norma comunitaria, coas seguintes precisións:

■ Están suxeitos a esta obriga de primacía tódolos órganos da Administración pública, incluso aqueles non integrados na Administración central contra quen os particulares están lexitimados para invoca-la disposición comunitaria.

■ Entre as disposicións normativas internas que poden ser contrarias a dereito comunitario atópanse tamén as disposicións regulamentarias e calquera tipo de disposicións administrativas. O TXCE engade que as disposicións administrativas internas non comprenden só normas xerais e abstractas, senón tamén resolucións administrativas individuais e concretas.

De seguido, Sánchez-Bordona preguntouse cómo responderon a este reto os órganos xurisdiccionais españois, mais antes de aborda-lo exame desta cuestión, aclarou que o concepto comunitario de órganos *xurisdiccionais* non se identifica necesariamente co concepto nacional de órganos *xudiciais*, de maneira que órganos como o Tribunal de Defensa da Competencia ou os tribunais económico-administrativos teñen recoñecido, dende o punto de vista da posibilidade de suscitar cuestións prexudiciais, o carácter de órganos xurisdiccionais.

O Tribunal Constitucional (TC) ten declarado que o ordenamento comunitario non forma parte do *corpus* constitucional, proclamando en consecuencia a irrelevancia constitucional do conflito entre norma interna e norma comunitaria. Ó TC non lle corresponde controla-la adecuación da actividade dos poderes públicos nacionais ó dereito comunitario, senón que lles compete ós órganos xurisdiccionais ordinarios en canto aplicadores daquel e, se é o caso, ó TXCE. Por isto, o TC non vai empregar como parámetro para declara-la constitucionalidade das leis a súa maior ou menor adecuación a dereito comunitario.

Sánchez-Bordona tamén se referiu ós órganos xurisdiccionais contencioso-administrativos. Estes, en canto tribunais ordinarios, aplican con naturalidade o dereito comunitario e, na medida que se lles presente un problema de interpretación coa suficiente entidade como para remitir-lo ó TXCE, fan uso do mecanismo do artigo 234 para suscita-las cuestións prexudiciais. As cuestións prexudiciais españolas foron maioritariamente presentadas polas salas do contencioso-administrativo sobre materias de natureza administrativa e tributaria. Doutra banda, o dereito comunitario tamén é aplicado directamente e vai sendo implantado polos órganos do contencioso. Entón tanto pola vía da aplicación

directa coma despois dunha consulta prexudicial, estes órganos están a lle dar efectividade á orde xurídica comunitaria.


No tocante ó Tribunal Supremo (TS), Sánchez-Bordona partiu do importante dato de que en España se recoñece como motivo de casación a vulneración do dereito comunitario (Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998). Partindo deste dato, no TS preséntanse multitude de problemas:

- Derivados na súa maioría dos límites que impón a casación á apreciación de oficio, xa que o TS vese limitado polas pretensións e argumentos das partes.

- Preséntanse tamén en canto ó control do exercicio da potestade regulamentaria e da lexislación delegada, na medida en que os excesos *ultra vires* poidan seren controlados, se se pode exercer directamente, utilizando como parámetro e como cobertura normativa o dereito comunitario.

- Outro problema adicional refírese ó control da conformidade das leis e dos regulamentos españois co dereito comunitario en relación coa non vinculación ás consideracións que o TC pode ter feito sobre este.

Polo demais, na xurisprudencia do TS están presentes o reflexo da primacía do efecto directo, a posible cuestión da validez dos actos comunitarios e maila acollida dos principios xurisprudenciais do dereito comunitario, o que leva ó TS a aplicalo de maneira directa ou a solicitar do TXCE a interpretación por vía de reenvío prexudicial. Á marxe disto, o TS utiliza de maneira crecente nos fundamentos xurídicos das súas sentencias tanto a xurisprudencia do TXCE coma o propio dereito comunitario, en canto parámetro no control da legalidade dos actos administrativos.

A clausura da xornada correspondeulle a Enrique Gómez-Reino, quen, logo de lles dedicar unhas palabras de gratitude ós participantes e ó público asistente, expresou o seu convencemento de que a xornada, de variadísimo contido, efectivamente ilustrou sobre a situación da problemática actual do dereito administrativo comunitario. 

XORNADA SOBRE XESTIÓN DE EXPROPIACIÓNS

(EGAP, Santiago de Compostela, 14 de marzo de 2001)

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

A expropiación é unha das figuras xurídicas máis impopulares que existen nos distintos ordenamentos xurídicos, pero ó mesmo tempo e en determinadas situacións a única posibilidade coa que contan as diferentes administracións para logra-los seus fins.

Isto comporta que a súa xestión sexa complicada desde o punto de vista puramente persoal, ó intentar compaxinar intereses diversos e contrapostos, o que unido ó aínda máis complexo sistema que hai que seguir para conseguilo fin, dea como resultado un lento e tedioso proceso non exento de innumerables situacións de difícil e nada rápida solución.

A Escola Galega de Administración Pública, xunto coa Consellería de Presidencia e Administración Pública e a Revista de *Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, celebrou na súa sede unha xornada dedicada á xestión de expropiacións, co obxectivo fundamental de acouta-lo panorama regulador da expropiación, centra-lo seu estudo no marco urbanístico estatal e autonómico galego e desvelar e aclara-los intrincados pasos que deben seguirse nunha expropiación tipo, facendo fincapé naqueles puntos considerados de maior interese, e pechala co estudo dun caso real expropiatorio.

A xornada foi inaugurada polo director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, quen, logo de dálle-la benvida ós asistentes, afirmou que a expropiación pode ser utilizada como sistema xeral de execución dos plans e como técnica alternativa de recuperación das plusvalías urbanísticas. Por iso o lexislador tivo que orientalos seus instrumentos cara á recuperación parcial das plusvalías xeradas polos plans de ordenación urbana e os procesos de transformación do solo.

Salientou, ademais, que xunto a esta función primaria, a expropiación forzosa poderá aplicarse para a execución dos sistemas xerais da ordenación urbanística do territorio, así como das dotacións locais, e para a obtención anticipada do solo destinado a estes sistemas xerais.

Domingo Bello destacou que a Administración poderá aplica-lo procedemento xeral regulado na Lei de expropiación forzosa ou o procedemento de taxación conxunta do artigo 36 da Lei do solo, pero aplicando, en todo caso, os criterios de valoración contidos na lexislación urbanística, calquera que sexa a finalidade que a motive e a lexislación, urbanística ou doutro carácter, que a lexitime.

O primeiro relatorio desta xornada correu a cargo de José Antonio García Trevijano, profesor de dereito administrativo da Universidade Complutense de Madrid, letrado do Consello de Estado e avogado. Este relatorio trataba da *incidencia da STC 61/97 no vixente réxime xurídico de expropiacións. A expropiación forzosa na lexislación galega*. García Trevijano afirmou que o artigo 1 da Lei de expropiación forzosa de 1954 define a expropiación como a privación de dereitos, loxicamente, a cambio do prezo xusto. Esta definición é extraordinariamente ampla, pero delimita perfectamente cál é o instituto que temos que tratar, porque baixo o concepto de expropiación en sentido amplo incluimos toda unha serie de mecanismos xurídicos que ó final se traducen na privación forzosa a cambio do prezo xusto. O que ocorre é que non todos eses mecanismos se desenvolven polos mesmos procedementos, pero dá o mesmo porque ó remate o particular acaba perdendo o seu dereito a cambio da correspondente compensación.

A Constitución de 1978 recoñécelle o dereito de expropiación ó poder público sempre e cando se dean dúas condicións: que haxa razóns de interese xeral que o xustifiquen; o que o texto constitucional denomina *utilidade pública ou interese social* e, en segundo lugar, que haxa o correspondente prezo xusto que reciba o administrado no momento en que o lexislador o determine.

Segundo este relator, na expropiación forzosa debemos atender a 3 aspectos fundamentais:

1. *Causa expropriandi*, é dicir, a esa utilidade pública ou interese social que xustifica a privación.

2. Procedemento de expropiación mesmo.

3. Valoración dos dereitos, é dicir, ó prezo xusto dos dereitos dos que un vai ser privado.

A *causa expropriandi* ten que existir porque se non a expropiación é ilexítima e, en consecuencia, invalidable na medida en que o correspondente órgano administrativo xurisdiccional o detecte deste xeito.

O procedemento de expropiación pode ser moi variado e, en terceiro lugar, o sistema de valoración. Os dous primeiros aspectos son, hoxe en día, os que diferencian unhas medidas expropiatorias doutras, é dicir, para diferenciar se estamos ante unha expropiación urbanística ou non, haberá que atender fundamentalmente á *causa expropriandi*. Así, hai expropiación urbanística cando a *causa expropriandi* derive da lexislación ou do planeamento urbanístico. Como consecuencia disto, o procedemento expropiatorio pode variar.

O texto do 76 que é o texto máis clásico, derivado da reforma que a Lei do 56 introduciu no ano 75 en materia de solo, regula esta materia e tamén o réxime das expropiacións urbanísticas.

Atendendo á *causa expropriandi*, vemos que neste texto refundido se establece unha serie variada de circunstancias que xustifican a privación forzosa. En primeiro lugar e en termos xerais, o artigo 64 dinos que a aprobación dos plans de ordenación urbana e de polígonos de expropiación implicaría a declaración de utilidade pública das obras e a necesidade de ocupación dos terreos e edificios correspondentes ós fins da expropiación e imposición de servidumes.

Para executar e cumpri-lo que diga a lexislación no planeamento urbanístico a expropiación é un instrumento lexítimo na medida en que esa lexislación ou o planeamento o admita. Esta é a primeira regra xeral que non nos di de xeito detallado, en qué casos concretos se pode utiliza-la expropiación, senón que o deixa aberto ós supostos en que sexa necesario ou se prevexa no correspondente planeamento.

Hai outros preceptos que fan un desenvolvemento máis preciso desta previsión xeral, no mesmo texto do 76; trátase dos artigos 135 e seguintes cando consideran a posibilidade de utilizar este instrumento como sistema de xestión urbanística.

Xunto ó sistema clásico de compensación e cooperación, o sistema de expropiación é un dos instrumentos que sempre foi considerado subsidiario ou supletorio do que poden utiliza-las administracións, os concellos, para conseguir terreos e, en definitiva, executa-la urbanización correspondente. Pode ocorrer que haxa unidades de actuación que se teñan que xestionar polo sistema de expropiación.

Pero hai máis previsións específicas neste texto do 76, xa que no seu artigo 90, permítese a utilización da expropiación forzosa para a adquisición de terreos destinados a constituí-lo patrimonio municipal do

solo, e poden incluso establecerse zonas de reservas de solo para a obtención deste polos concellos a través deste sistema.

Nos artigos 134 parágrafo 2 e 135 parágrafo 2, prevese tamén a posibilidade de utiliza-la expropiación para obter sistemas xerais cando, en principio, estes non se consigan mediante a xestión integrada dentro de unidades de execución.

Co artigo 152 permítese tamén a expropiación ligada á xestión de programas de actuación urbanística para obter os terreos necesarios que enlacen esa zona cos distintos elementos existentes no exterior. Finalmente, as expropiacións sancionadoras, que tampouco son exclusivas do dereito urbanístico, pero onde tiveron grande incidencia; son as do artigo 66 do texto do 76 sobre expropiación por falta de execución de obras en bens históricos; o artigo 124 parágrafo 2 por incumprimento do sistema de actuación, por exemplo, unha unidade que tivera que xestionarse por compensación cando esa unidade non fora debidamente xestionada, nese caso, a Administración podería levar a cabo a expropiación e, en definitiva, substituí-lo sistema.

Isto unido a todo o desenvolvemento lexislativo contido, fundamentalmente, no Regulamento de edificación forzosa sobre edificacións ruinosas, inadecuadas, paralizadas, derruídas, etc. Había unha categorización variada, aínda que non chegou a ter unha incidencia plena en tódolos concellos que non implantaron nin aplicaron o rexistro correspondente, pois todo isto deseñábanos un esquema de posibilidade de utiliza-la expropiación como mecanismo sancionador. O carácter sancionador ou non dunha expropiación estriba non en que non se pague, é dicir, a expropiación actúa como instrumento que en si mesmo necesita reuni-los dous requisitos constitucionais de utilidade pública e prezo xusto; senón que reside na *causa expropriandi*, é dicir, a causa que xustifica a expropiación por vía de sanción está no incumprimento; a continuación o que faremos é poñer en marcha a expropiación mesma e, como é lóxico, o expropiado recibirá o prezo que lle corresponda porque non lle estamos privando coma se se tratara do comiso duns efectos dun delicto, dos bens utilizados ou que motivaran o incumprimento que xustifica o instituto da expropiación.

Ademais, a expropiación forzosa en sentido amplo tamén se utiliza na LEE, vía vendas forzosas, vía ocupación directa de terreos que son ocupacións anticipadas de terreos, porque son mecanismos que aínda que non se denominen especificamente expropiacións, son, sen dúbida, medidas expropiadoras xa que reúnen eses dous requisitos de privación forzosa e prezo xusto.

Polo que respecta ó tema do procedemento de expropiación, dentro do texto do 76, xa esta norma facía referencia nos seus artigos 135 e 138 á posibilidade de seguir e optar, normalmente de forma libre, aínda que

con algunhas limitacións, por exemplo no artigo 144, entre dous procedementos: o chamado de expropiación individual e o denominado de taxación conxunta. Xa existía esa dobre posibilidade derivada da propia Lei do 54 á que había que acudir indefectiblemente para completa-lo que estes preceptos establecían, sobre todo nos casos de taxación individual.

Finalmente, en materia de valoración, o texto do 76 establecía, nos artigos 130 e seguintes, un réxime diferente de taxación segundo o tipo de solo de que se tratara, é dicir, o réxime de valoración entón aplicable asignáballe un prezo xusto ó solo segundo a súa clasificación. O valor inicial, que ademais é un valor mínimo, é o valor que se lle aplicaríase ó solo non urbanizable, mentres que o solo urbanizable ou urbano se taxaría conforme o seu valor urbanístico. No solo urbanizable o aproveitamento e, polo tanto, o valor sería do 90% do aproveitamento do solo urbanizable; mentres que no urbano, o réxime clásico e tradicional é que o propietario tiña dereito ó aproveitamento do 100% correspondente á parcela ou, no caso de estar incluída nunha unidade de actuación, do aproveitamento da correspondente unidade. É dicir, a Administración non se leva ningunha parte do aproveitamento no caso do solo urbano.

Dámo-lo paso da Lei 8/90 e chegamos ó texto refundido do 92. Este texto ten unha enorme importancia porque altera de xeito substancial algunha das previsións do dereito urbanístico. É un texto que potencia extraordinariamente os dereitos da Administración non só en canto a aproveitamentos. Os aproveitamentos da Administración pasan a ser do 15% do aproveitamento correspondente dentro da área de repartición que é o instrumento que se vén manexar mediante unha técnica do aproveitamento tipo que se parece aínda que non é idéntica á do aproveitamento medio anterior.

O aproveitamento municipal increméntase pero o que nos importa máis é que se dota a Administración de moitas e maiores potestades directas sobre a base dun esquema chamado de adquisición gradual de facultades urbanísticas para segui-lo propietario que non cumpra co camiño gradual de evolución que ten que desenvolver na execución do planeamento. É dicir, que o propietario do solo que se clasifica como urbanizable debe urbanizalo nuns prazos, unha vez urbanizado e xustificado debe pedi-la correspondente licencia de edificación porque xa adquiriu o dereito ó aproveitamento urbanístico. Unha vez pedida a licencia de edificación pode edificar e, ó final, remataría o proceso cun valor diferenciado de solo e de edificación en función de cál fora o aproveitamento efectivamente materializado sobre ese solo. Pero o importante é que a Administración tiña potestades incisivas moi fortes para perseguir-lo propietario que non cumpría e que se manifestan, sobre todo, na posibilidade de empregar-la expropiación forzosa que é a que se potencia

para castiga-lo propietario cando segue ese camiño. É dicir, o propietario que non urbaniza debendo facelo, dentro de prazo, vese forzado a perde-lo seu terreo por vía de expropiación ou de venda forzosa, que é outra maneira de expropiar.

Se a pesar de urbanizar e de gasta-los cartos en urbanizar, e acadalo dereito ó aproveitamento urbanístico, se non pedía licencia de edificación, de novo podía ser expropiado. O mesmo ocorría se pedía licencia de edificación e non edificaba en prazo, e a licencia caducaba.

É máis, a potestade de expropiación urbanística, chegaba incluso ó ámbito da pura disciplina, é dicir, execución de obras sen licencia, ou contra licencia, de acordo cos artigos 248 e 249 deste texto. Por tanto, asistimos a unha época en que a expropiación empeza a brillar extraordinariamente pola propia forza que o lexislador imprime. E isto adiccionado a outro efecto que é que o prezo xusto previsto polo lexislador como pagamento ó incumpridor nesa expropiación-sanción, era un prezo xusto, en principio de castigo. O expropiado sufría un dobre castigo, castigábaselle porque se lle expropiaba e tamén se lle castigaba porque, en principio, non se lle pagaba o que valía o seu solo, ou a súa edificación, senón un valor reducido. Por exemplo, o propietario dun solo urbanizable que non urbanizaba era indemnizado co valor inicial coma se fora un solo non urbanizable; ou o propietario que urbanizara e gastara os cartos e acadara o dereito ó aproveitamento urbanístico que baixo esa lei era o 85% do aproveitamento tipo da área de repartición; e logo resulta que non pedía a licencia de edificación, tamén se vía expropiado pero non recibía o valor do 85% do aproveitamento tipo, recibía a metade dese valor e así sucesivamente. É dicir, o prezo de castigo en termos dubidosamente inconstitucionais, porque a Constitución permite ó lexislador determinar cales son as *causas expropriandi* e, neste caso, temos un exemplo claro, a *causa expropriandi* está no incumprimento. O que xa non parece que o constituínte permita é que haxa ese dobre castigo porque iso equivalería, aínda cando fora na parte non cobrada do valor do que un ten, a unha especie de confiscación. Aínda que o esquema era un tanto axustado e bastante artificial, este era o deseño que establecía o lexislador do 92. Por suposto que seguían vivas as regras sobre outras *causas expropriandi*, concretamente, o texto do 92 nos seus artigos 206 e seguintes.

En canto á *causa expropriandi*, este artigo 206 vén redactar máis ordenadamente as circunstancias que permiten a expropiación forzosa. Cando sexa o sistema de execución, de acordo cos artigos 171 e seguintes; cando se trate de executar sistemas xerais que non se vaian obter doutro xeito; cando se trate de obter patrimonio municipal do solo ou outros patrimonios públicos, porque se empece a potenciar ou permitila posibilidade de patrimonios autonómicos do solo, para obter terreos

destinados á construción de vivendas de protección pública ou a outros usos declarados expresamente de interese social, por incumprimento da función social da propiedade. É dicir, que baixo este texto do 92 véñense mantendo, e é o lexislador urbanístico, neste caso estatal, o que determina as causas de expropiación.

Respecto ó procedemento de expropiación, o que fai o texto do 92, é mante-lo réxime clásico de diferenciación entre procedemento de taxación individual e taxación conxunta; pero desenvólveo en maior medida do que o facía o texto do 76 porque lle trae ó seu contido, sobre todo, o artigo 202 do Regulamento de xestión urbanística e elévao de rango polo mero feito de asumilo como contido propio do texto do 92. Pero seguen a existir eses dous procedementos: o de taxación individual regulado no artigo 221 e o de taxación conxunta nos artigos 219 e 220 do texto en cuestión.

Finalmente, en canto ó prezo xusto, os artigos 48 e seguintes, establecen todo un novo esquema de valoracións a base de enlazalo a ese esquema de adquisición gradual de facultades urbanísticas. O propietario de solo non urbanizable ten un solo que ten un valor inicial, se resulta que se declara urbanizable e hai plan parcial, ten dereito ó 50% do aproveitamento urbanístico; se xa urbanizou adquire o dereito ó valor urbanístico que é o 85% do tipo; se, ademais, pide licencia, adiciona unha porcentaxe do 25% do custo de execución da obra, etc.

Debemos ter en conta que nos supostos de expropiación-sanción o prezo de castigo implicaba unha redución destes aproveitamentos. A isto hai que unir unha regra específica no artigo 32 para as expropiacións como sistemas ou para as expropiacións en xeral cando os solos non estiveran xa urbanizados, é dicir, cando o propietario non tivera xa o dereito ó aproveitamento obtido. Nestes casos, cando se tratara de expropiar solo urbanizable o que se pagaba como prezo pechado fixado polo lexislador era o 50% do aproveitamento tipo. De xeito que hai un deseño perfectamente cerrado no texto de 1992 sobre os casos nos que cabe expropiar, sobre o procedemento de expropiación e sobre o prezo xusto expropriatorio.

A sentenza do 97 é o punto de inflexión neste ámbito. Nesta sentenza do 97, que se produce despois de moitos anos con motivo de recursos interpostos por diversas CCAA, ventíflase o problema dos títulos competenciais autonómicos ou estatais en materia de expropiación e, en xeral, en materia urbanística.

As CCAA sosteñen que cada unha delas asumiu competencias en materia de ordenación do territorio e urbanismo; os 17 estatutos de autonomía prevén isto porque é unha das competencias previstas no artigo 148 da Constitución. Todas elas asumen competencias de primeira orde en materia urbanística plenas pero, como ocorre en tantos outros casos,

as competencias realmente non son títulos competenciais pechados senón que se enlazan con outros, e entón o Estado, inmediatamente, que dictara o texto sobre o solo máis longo da historia de España nun momento en que existen CCAA con competencias exclusivas, o Estado esgrime varios títulos competenciais previstos no artigo 149; referíndose ó parágrafo 1º que é o artigo que di que o Estado ten competencia exclusiva para establece-las condicións básicas que garantan a igualdade dos españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais; o parágrafo 8º que lle atribúe ó Estado a competencia exclusiva en materia de lexislación civil e, así mesmo, en materia de regras sobre aplicación e eficacia das normas e sobre rexistros. O parágrafo 13º que, igualmente, lle atribúe ó Estado a exclusiva en materia de bases e coordinación da actividade económica. E o parágrafo 18º que lle atribúe a competencia en materia, en xeral, de expropiación; non a básica sobre expropiación senón toda a competencia sobre expropiación.

A sentenza do Tribunal Constitucional¹ efectúa unha desagregación de artigos, vese qué artigos son estatais, cáles non son estatais e ó final acaba xurdindo un texto estatal restante incompreensible en si mesmo e pasamos a un momento, non xa de dificultade polo tempo que pasou ata o momento de chega-la sentenza, senón de propia dificultade interpretativa de qué o que está vixente de verdade en cada lugar, tendo en conta, ademais, que as CCAA, algunhas xa lexislaran con anterioridade, outras fixérono despois.

O primeiro que fai o TC é dicir que tódolos artigos que o propio Estado cualificou como supletorios da lexislación autonómica, é dicir, que configurou como normas que só se aplicarán en tanto que as CCAA non digan outra cousa, son inconstitucionais. Non se entra a analizar se verdadeiramente, aínda que o Estado dixera que son supletorios ou de verdade o son. En definitiva, estes artigos bórranse de súpeto e desaparecen do texto refundido porque se declaran inconstitucionais. E en canto ós demais preceptos, preceptos que o Estado baseara nalgún destes títulos competenciais do 149, vanse analizando un por un e, ó final, chégase á conclusión de que unha boa parte deles non son constitucionais e outros si.

Para analizar esta sentenza do constitucional, hai que ter en conta que non tódolos artigos do texto refundido foron impugnados, e o tribunal, por razóns de congruencia tívose que pronunciar só sobre os que se impugnarón. Algúns artigos non se declararon inconstitucionais porque ningún os recorreu. Ademais tamén debemos ter en conta que hai outros artigos que se recorreron e que se anuláron. E, en terceiro lugar, hai outros artigos que se recorreron e que se declararon válidos.

¹ En adiante TC.

Dos artigos 206 e seguintes, tódolos que son supletorios, decláranse automaticamente inconstitucionais. Este é o caso do artigo 208 sobre expropiación-sanción por incumprimento do deber de edificar; o do 209 sobre delimitación de superficies expropiables; o do 211 parágrafos 1º e 2º sobre servidumes forzosas que é unha maneira de expropiar, o que pasa é que non se priva da propiedade senón que se priva dun dereito pleno de uso que comportaría o dereito de propiedade porque se impón unha servidume á forza, e tamén hai que pagalo; e o do 212 sobre prohibición de construcións en terreos que se van expropiar. Estes artigos decláranse automaticamente inconstitucionais.

Pensemos que no ámbito da expropiación precisamente o Estado esgrímia, quizais con maior solidez ca noutros ámbitos, un título competencial específico como é o do artigo 149.1.18ª que lle atribuíña ó Estado a competencia exclusiva en materia de expropiación.

Do resto dos artigos, sucede que algúns non se impugnaron e convén telo en conta porque esa posibilidade de que se cheguen a impugnar está aberta. Non se impugna o artigo 210 relativo á expropiación de bens de dominio público; nin o 213 sobre modalidades de xestión en caso de expropiación; nin o 214 sobre o beneficiario da expropiación; nin o 215 sobre aplicación supletoria da Lei de expropiación forzosa; nin o 216 sobre valoración ou prezo xusto en xeral; nin o 217 sobre pagamento en especie; nin o 218 sobre procedementos de expropiación; nin o 219 sobre taxación conxunta; nin o 222 sobre o mecanismo de pagamento do prezo xusto; nin o 224 sobre adquisición libre de cargas. Tampouco se impugnan os dous artigos: 225 e 226 sobre reversión. De xeito que hai unha serie de artigos que non se impugnan e sobre os que o TC non se pronuncia.

Agora ben, dos artigos impugnados decláranse inválidos: o artigo 211.3 sobre servidume forzosa e o 228.3. O 223 declárase válido. Os demais e, en especial o 219 sobre taxación conxunta e o 228.3 e 4 decláranse inválidos.

O TC nesta súa sentenza de 1997, en materia de expropiación, o que non deixa en pé son os artigos 219 de xeito que prescinde do procedemento de taxación conxunta e unha parte do 220.1 que se refire igualmente a este tema. Tamén se elimina o 206 sobre *causa expropriandi* agás o parágrafo f) e o 207 que afecta este.

A razón de por qué o TC suprime o artigo 206 é a seguinte: o Estado ten competencia en materia de expropiación forzosa pero a expropiación é un instrumento ó servizo de algo, polo tanto, cando se emprega no eido do urbanismo, é un instrumento ó servizo do urbanismo. Como a competencia exclusiva en materia de urbanismo é autonómica, será a comunidade autónoma a que terá que dicir cando se utiliza e cando non se utiliza o instituto da expropiación. Polo tanto, o Estado é o único que

poderá facer é fixa-las garantías xerais que, en todo caso, haberá que ter en conta, incluso os grandes conceptos e incluso as grandes *causas expropriandi* que lexitimen o uso da expropiación, pero non pode impoñer esas causas. Por iso, o artigo 206 declárase inconstitucional, pero non porque non se poida utiliza-la expropiación nestes casos como sistema de execución, para obter patrimonio do solo, para construír vivendas de protección pública, etc. O Estado non pode dicir iso, iso terá que dicilo o lexislador autonómico. Por iso declárase inconstitucional e déixase vivo en canto a *causa expropriandi* o parágrafo f) do artigo 206.1 e iso quere dicir que se pode expropiar por incumprimento da función social da propiedade, deixando ben claro o TC na súa sentenza que iso se deixa vivo porque non se impón como imperativo, é verdade que tampouco se impoñía o resto pero, en definitiva, o 206 déixase vivo a fin de que a expropiación-sanción se utilice se tamén o lexislador urbanístico quere, que é o lexislador autonómico. De xeito que queda esa posibilidade aberta.

En conclusión, do texto do 92 non queda nada vivo en materia de *causa expropriandi*. En materia de procedemento debémonos preguntar se o lexislador autonómico pode fixar tamén o procedemento de expropiación. Paradoxalmente o TC di que si pode, iso si, respectando as regras xerais que o propio Estado establece. As regras xerais que o propio Estado establece nestes artigos e, en particular, nos artigos 221 ou no 220.1, son regras certamente moi xerais e non se entende moi ben por qué chega a declararse inconstitucional.

A verdade é que ó final quedamos tamén sen norma real de procedemento contida no texto do 92 sobre expropiación forzosa, porque o 220 parágrafo 1º se declara inconstitucional, o 221 sobre taxación individual tamén e o 219 que non se declarou inconstitucional porque non se recorreu, pero acábase declarando inválido por parte do TS porque é unha reprodución do Regulamento de xestión urbanística no 202 e di o Supremo que o Goberno non estaba habilitado para incluír no seu texto refundido unha norma regulamentaria. Pois ben, dunha forma ou doutra chegamos despois da sentenza do TC a non ter no texto refundido unha lexislación sobre procedemento de expropiación.

En canto a valoracións, aínda que formalmente se deixen vivos os artigos 48 e seguintes, son artigos que non teñen virtualidade práctica porque lles falta a base de sustento e pasamos a un ínterim no que non temos claridade sobre qué é o que se aplica.

Ou sexa, que a partir da sentenza do 97 do TC e a adicional do Supremo de xuño do mesmo ano, chega un momento de inseguridade plena en tódolos aspectos. A partir de aí ¿que lexislación se aplicaría? En materia de expropiación aplicaríase, en primeiro lugar, o que non foi recorrido do texto do 92 e que, polo tanto, non foi declarado inconstitucional posto que hai artigos que non se impugnaron. En segundo lugar,

rexen os artigos que aínda que se recorreron, foron declarados válidos. Despois haberá que aplica-la lexislación autonómica se existe e, se non existe haberá que aplica-lo texto refundido do 76 e o Regulamento de xestión urbanística ou o regulamento correspondente en desenvolvemento deste.

Nesta situación e neste momento prodúcese a Lei do solo de Galicia do ano 97. A Lei de Galicia chega nun momento en que a Sentencia do TC que é do 20 de marzo, está firmada pero non publicada; entón a lei prodúcese sen a sentenza do TC. O lexislador galego aproba a súa lei pensando ou presumindo a validez do texto refundido do 92. Se soubese que non se ía declarar válido nalgunha parte, moi probablemente esa lei fora moito máis completa coma si o foron outras leis posteriores autonómicas que se dictaron xa con coñecemento desa regulación. Polo tanto, a Lei de Galicia, contén unha regulación da expropiación moi curta, moi concisa que fai necesario seguir tirando do texto refundido do 76 e do Regulamento de xestión como norma necesaria para poder saber qué réxime se aplica neste caso en materia de expropiación forzosa.

Chega a Lei estatal de 1998 que:

1º.- Derroga parte do texto refundido do 92, é dicir, parte do non declarado inconstitucional ou inválido polo Supremo do texto do 92. Polo tanto, mantén viva unha parte.

2º.- Regula ela mesma, no seu propio contido, outra parte destes temas de urbanismo. A partir desta lei do 98, en consecuencia, damos un paso máis, ¿que é agora o aplicable? O aplicable é primeiro a Lei 6/98; mentres non se declare inválida esa lei presúmese que está dictada polo Estado no exercicio de competencias propias estatais. En segundo lugar, a parte do texto do 92 non declarada inconstitucional nin inválida polo Supremo, e que non fora derogada pola Lei 6/98. Polo tanto, temos que seguir manexando dous textos.

A verdade é que a Lei do 98 podía ter seguido unha técnica máis completa e correcta e asumir tódolos artigos do texto do 92 que quería manter e que estaban vivos e derroga-lo texto e acabouse. Deste xeito teriamos un único texto estatal pero a Lei 6/98 non fai isto, algúns artigos si que os asume, os reproduce e os derroga pero deixa outros vivos, co cal necesariamente desde o punto de vista estatal con ámbito nacional en materia urbanística en xeral e de expropiacións urbanísticas tamén temos que seguir tirando da Lei do 98 e do texto do 92 na súa parte non derogada.

A disposición derogatoria única desta lei do solo e valoracións mantén vivos en canto a expropiacións os artigos: 204, 211.3, 213, 214, 222 e 224. Estes son os únicos artigos que seguen vivos do texto do 92 porque non foron declarados inconstitucionais; e a eses artigos debemos engadi-los da Lei 6/98.

Polo tanto, a lexislación autonómica, sexa anterior á Lei 6/98 como ocorre no caso de Galicia, sexa posterior, indefectiblemente mentres esa lei non se declare inválida, supeditase ó que esa lei e ese texto refundido establezan. Sabemos que esas normas: Lei 6/98 e o que queda vivo do texto do 92, son normas de imperativo nacional. A partir de aí aplicámo-la lexislación autonómica, que en Galicia é mínima en materia de expropiacións e senón teremos que seguir tirando do texto do 76 e dos regulamentos de desenvolvemento deste.

A Lei 6/98 di moi pouco en materia de *causa expropriandi*, practicamente lle dá un pase aberto ó que diga o lexislador autonómico. É o título IV desta lei, artigos 33 e seguintes, o que se dedica ás expropiacións e en materia de *causa expropriandi* simplemente o artigo 33 di, como dicía a lexislación clásica no artigo 64 do texto do 76 e como dixo o texto do 92 no artigo 132, que a aprobación dos plans de ordenación e de limitacións de ámbitos de xestión que cómpre desenvolver por expropiación, implicará a declaración de utilidade pública das obras e a necesidade de ocupación dos terreos e edificios ós fins de expropiación e imposición de servidumes. De xeito que é un pase aberto para que o lexislador autonómico diga cando, de acordo coa súa lexislación ou os seus plans se poderá utiliza-la expropiación forzosa. Pero engade o artigo 34, que a expropiación urbanística poderá aplicarse de acordo coas finalidades previstas na lexislación urbanística e, así mesmo, por incumprimento da función social da propiedade. É dicir, vén se-lo vivo artigo 206.1.f) que o TC deixou na súa sentenza do 97, ou sexa, que non só se pode utiliza-la expropiación cando o lexislador autonómico o diga, en función dos seus plans ou das súas delimitacións de unidades de execución, senón cando se utilice como mecanismo de castigo. O lexislador limítase a permitilo. Isto significa que a expropiación-sanción en materia urbanística só cabe se o lexislador autonómico o prevé, pero o Estado non a pode impoñer porque de impoñela, iso sería inconstitucional como indica a sentenza do 97. E enlazado a isto, o que hai é unha remisión á lexislación de expropiación forzosa. Polo demais, é verdade que hai algúns artigos do texto do 92 que seguen vivos e que poden ter un certo enlace coa *causa expropriandi*, como o artigo 210 sobre a posibilidade de expropiar bens de dominio público e, indirectamente, os artigos 213 e 214 sobre o beneficiario da expropiación. De xeito que a *causa expropriandi* a dirá o lexislador autonómico. O Estado non di nada en materia de *causa expropriandi* urbanística.

En materia de procedemento de expropiación, a Lei 6/98 tamén di moi pouco. Son só dous artigos: o 36 e o 38 os que establecen que o prezo xusto dos bens e dereitos se determinará conforme o título III da lei mediante expediente individualizado ou polo procedemento de taxación conxunta, é dicir, que o lexislador estatal só di que hai dous proce-

dementos: taxación individual e taxación conxunta, pero non regula o de taxación individual porque o TC declarara inconstitucional o artigo 221 do texto do 92, onde se regulaba, polo tanto, dicir que se pode seguir o procedemento de taxación individual é non dicir nada porque baixo o concepto de taxación individual non se di nada, dirao o lexislador autonómico. O procedemento de expropiación será o que diga o lexislador autonómico.

Agora ben, en canto á taxación conxunta o artigo 38 si di algo, se ben este artigo podería pecar do mesmo vicio de inconstitucionalidade có artigo 221 do texto do 92 porque se o Estado non podía dicir nada en materia de taxación individual, por qué o ía poder dicir en materia de taxación conxunta. O que pasa é que o TC non se pronunciou sobre o artigo 219 que era o de taxación conxunta porque non se recorreu. Pero se fora obxecto de recurso o 219, baixo a mesma argumentación anularíase igual có 221. O Supremo acabou anulándoo despois, en xuño, pero anulouno por outro motivo, non porque o seu contido fora inválido senón porque entendeu que o Estado non podía recoller no seu texto refundido con rango de lei unha norma regulamentaria como era o artigo 202 do Regulamento de xestión que é o que se reproduce no 219.

O que di o Estado no artigo 38 desta lei sobre taxación conxunta é tamén non dicir nada porque o que está a dici-lo lexislador é que no procedemento de taxación conxunta, a aprobación do proxecto de expropiación, co correspondente pagamento, lexitima para ocupar.

Pero se dicimos que o procedemento de taxación conxunta non está regulado na súa substancia polo propio lexislador estatal, senón que o fará o lexislador autonómico, o lexislador autonómico pode deixar baleiro este artigo á hora de establecer un procedemento.

Sobre a taxación, a Lei do 98 di, en primeiro lugar, na súa disposición transitoria 5^a que esta lei se lles aplicará só ós expedientes expropiatorios e que coa data de entrada en vigor desta non acadaran fixación definitiva de prezo xusto en vía administrativa. É dicir, os expedientes onde o xurado de expropiación xa se pronunciara, se é que o tema ten que lle chegar ó xurado, non se someten a esta lei senón ó réxime anterior. Esta é a primeira regra a termos en conta.

A segunda regra xeral refírese ó momento da valoración e reflíctese no artigo 24 da lei. Segundo este precepto, toda valoración entenderase referida en caso de expropiación ó momento de iniciación do expediente de prezo xusto individualizado ou de exposición pública do proxecto de expropiación no caso de taxación conxunta. Isto é coma non dicir nada porque, igual có procedemento de taxación individual ou conxunta, teno que regula-lo lexislador.

En calquera caso, o momento ó que se refire a taxación é ó inicio do procedemento de taxación. Outra cousa é que haxa demoras na fixación

do prezo xusto e isto por aplicación en xeral da LEF do 54, concretamente do seu artigo 56, dá lugar a que o prezo se teña que actualizar pasados 6 meses.

A terceira regra é que se establece un réxime de valoracións novo baseado, en principio, na clasificación de cada solo, non no réxime en escala de adquisición gradual do texto do 92 e non se prevé prezo de castigo. O silencio do lexislador estatal a este respecto é unha prohibición, a xuízo deste relator, a que calquera lexislador autonómico poida impoñer prezos de castigo.

Ou sexa, o lexislador estatal non impide, en momento ningún, que o lexislador autonómico permita expropiar por vía sancionadora. Non o prohibe, pero o que si prohibe é que o lexislador autonómico poida apartarse dos criterios de valoración que hai que aplicar en todo tipo de expropiacións e, polo tanto, tamén nas sancionadoras. De xeito que se unha norma autonómica establecera, como fixou o texto refundido do 92, que no caso de non urbanizar en prazo o propietario incumplidor será expropiado e recibirá un valor inferior ó que teña o seu terreo, iso é inconstitucional, probablemente polo artigo 33, pero é que, ademais, hoxe en día é ilegal porque na Lei 6/98 non se albisca sequera a posibilidade de que sexa así. É dicir, a Lei 6/98 establécenos un réxime de valoracións pechado sen distingos sobre a qué tipo de expropiación se aplica, polo tanto aplícase a todas, incluídas as expropiacións sancionadoras, de xeito que quedamos tan só coa primeira parte da sanción. A expropiación-sanción barállase na *causa expropriandi* que é o incumprimento, pero non no prezo xusto que terá que atermos sempre ás regras fixadas nesa lei.

Hai outra regra bastante importante que tamén convén mencionar, prevista no artigo 37. Cabe o pagamento en especie. Baixo o texto do 92 cabía o pagamento en especie, por exemplo, con outro terreo, sempre e cando non se tratara de expropiacións sancionadoras. Hoxe en día o pagamento en especie cabe en toda expropiación, dío o artigo 37, pero engádelle un requisito que é o de que se poñan de acordo Administración e administrado. Se non se poñen de acordo, é dicir, basta con que o expropiado se opona para que non caiba o pagamento en especie; é dicir, non se pode forza-lo expropiado a recibir en especie, como regra xeral, nos casos de expropiación forzosa.

Outra cousa é que nos casos de ocupación directa puidera arbitrarse como mecanismo de expropiación especial outra posibilidade, pero sería incluso discutible porque a ocupación directa é unha forma diferente de expropiar.

En conclusión, o que hoxe en día o Estado con carácter imperativo establece en materia de expropiación e, polo tanto, o que hoxe en día se aplica en Galicia desde o punto de vista estatal de modo imperativo non é case nada. É practicamente só o réxime de valoracións urbanísticas,

coa variante da expropiación en especie e coa prohibición de que calquera lexislador e tamén o de Galicia poida establecer prezos de castigo nas expropiacións sancionadoras.

O lexislador estatal con carácter imperativo case non di nada e paradoxalmente non di nada nun ámbito en que tiña o título competencial máis claro ó seu favor como é o 149.1.18ª que lle atribúe a competencia exclusiva en materia de expropiación forzosa (a competencia íntegra, non a competencia para establece-las bases).

Partindo desa base, o lexislador autonómico pode establece-lo que queira e así o galego sobre *causa expropriandi*, procedemento de expropiación e, iso si, respectando as regras de valoración.

Esa Lei do 97 di moi pouco en materia de expropiacións en Galicia. Algún dos seus artigos o que fan é reproducir en parte o que xa establecía o texto do 92, que se converte en autonómico, ou reproducilo que dicía o texto do 76; pero non hai un contido completo en materia de expropiacións. Polo tanto, en Galicia, en canto non se produza unha normativa propia haberá que seguir tirando do texto do 76 e do Regulamento de xestión urbanística.

A *causa expropriandi* en Galicia está regulada nos artigos 125, 127, 142 e seguintes e 151 da Lei do 97.

O artigo 125 establece que a Administración poderá establecer como sistema de xestión urbanística a expropiación aínda que dándolles preferencia ós sistemas de compensación e cooperación como era o réxime clásico do texto do 76.

Pola súa banda, o artigo 127 establece que en caso de incumprimento do sistema establecido de compensación, a Administración poderá substituír este sistema por outro, cal sexa o de cooperación, ou o de expropiación con independencia do que do seu incumprimento puidera derivarse.

Nos artigos 142 e seguintes trátase a expropiación como sistema de xestión urbanística e no artigo 151 establécese que o incumprimento dos deberes establecidos por parte dos propietarios de bens que non foran expropiados permitírase a expropiación-sanción na súa contra.

De xeito que, en resumidas contas, a Lei de Galicia o que está a dicir é que cabe a expropiación como sistema de xestión; tamén di que cabe a expropiación como substitución doutro sistema de xestión e, ademais, di que cabe a expropiación como sanción contra quen non sendo expropiado, porque fora liberado da expropiación, non cumpra as súas obrigas.

Pero a lei non di máis. Hai que pensar que se o lexislador galego dicitara a súa lei despois e baixo coñecemento da sentenza do 97, o valor da lexislación autonómica é diferente a facelo antes de coñece-la sentenza. É dicir, a competencia do lexislador autonómico ten dobre virtualidade: positiva e negativa. Cando o lexislador autonómico, aínda sendo competente sobre unha materia, non a regula, pódese entender que non

a quere regular pero desde logo, cando a regula, hai que entender que regula todo o que quixo. Sendo así, o que non regulou foi porque non lle deu a gana de facelo, polo tanto non se tería porque aplica-la lexislación estatal como supletoria. Agora ben, cando o lexislador autonómico dictou unha lei baixo a crenza da validez dunha lei estatal, como era o caso do texto refundido do 92 e isto é o que ocorre con Galicia, non se pode interpretar que o que o lexislador autonómico non dixo fora silenciado voluntariamente.

Parece que cando o lexislador galego dicta a súa lei en marzo de 1997, aínda non coñece a sentenza do TC, polo tanto cre na validez do artigo 206 do texto do 92. Logo se cre na validez do 206, é verdade que o 206 se declarou inválido en case toda a súa extensión, pero o que haberá que aplicar entón en Galicia é o texto do 76. É máis, os artigos da Lei galega sobre o sistema de expropiación como sistema de xestión, en realidade non fan máis ca reproducir en boa parte o que xa establecía o texto do 76. Porque isto non é unha innovación contida nesa lei. Polo tanto, en canto a *causa expropriandi*, en Galicia aplícase o que di a súa lei pero tamén as *causas expropriandi* do texto do 76. Teñamos en conta, ademais, que nos casos, por exemplo, de expropiación-sanción, as posibilidades que abría o texto do 76 eran moi inferiores ás que abría o texto do 92 e, así, os casos de expropiación-sanción en Galicia, a falta doutra lei que dispoña outra cousa son moitos menos dos que haberá noutros ámbitos autonómicos que potenciaran esas posibilidades, é dicir, as leis modernas do solo nas distintas CCAA preocúpanse, xa conscientes do que o lexislador estatal regula en materia de *causa expropriandi* e que non é nada, preocúpanse de introducir causas de expropiación; e en materia de expropiación-sanción, por exemplo, preocúpanse por introducir causas moi específicas de expropiación-sanción que na lei galega por esta circunstancia do momento temporal non se produciran.

En canto ó procedemento ou tramitación concreta dos procedementos de expropiación, a Lei de Galicia refírese a este tema nos artigos 142 e seguintes e, concretamente, os artigos 145 e 146 refírense á taxación conxunta e o 147 á expropiación individual.

Dalgunha maneira, o contido destes artigos vén cadrar cos do texto do 92 e o Regulamento de xestión urbanística, é dicir, que non hai o que é de verdade unha innovación. O que si nos dá esta lei galega é, polo menos, a claridade de que non temos que ir ó texto do 76 para analízalo procedemento de expropiación. A lei galega si que o regulou de acordo coa doutrina que mantivo o TC.

En terceiro lugar, está o tema do prezo xusto. Dixera o que dixera a Lei do 97, as regras do título III da Lei estatal do 98 aplícanse en toda España e, polo tanto, tamén en Galicia, de xeito que as regras de valoración e os valores para os efectos de expropiación son os que di o legisla-

dor estatal. Unicamente destaca o artigo 146.3 da Lei de Galicia que introduce unha referencia ó pagamento ou consignación do prezo xusto a favor de quen acredite autenticamente a titularidade do ben afectado. Cousa que recolle pero que vén repeti-lo que establecía o vixente artigo 222 do texto refundido anterior.

En definitiva, as expropiacións en Galicia están moi claras:

- *Causa expropiandi*.- Lei galega e texto refundido do 76.
- Procedemento.- Lei galega: art 145, 146 e 147.
- Valoracións.- Lei estatal 6/98.

A Sentencia do Tribunal Constitucional 61/97, do 20 de marzo, anulou boa parte do texto refundido de 1992 polo mero feito de non ser considerado lexislación de aplicación total polo Estado. Tamén anulou parte dos restantes preceptos.

A sentenza mantén que, en canto a expropiacións urbanísticas, o Estado é competente para regula-las expropiacións forzosas de acordo co artigo 149.1.18ª da Constitución, pero só para establece-las características fundamentais do procedemento expropiatorio e as garantías dos expropiados, xa que a expropiación forzosa non deixa de ser un instrumento adxectivo ligado á competencia material substantiva que lle serve de base, e esta (o urbanismo) non lle corresponde ó Estado senón ás comunidades autónomas.

O segundo relatorio da mañá sobre *o réxime xurídico do beneficiario da expropiación* correu a cargo do mesmo relator. García Trevijano afirmou que xa a Lei de expropiación forzosa do 54 establecía que a expropiación é un instrumento para privar, pola forza, dun dereito a alguén a cambio do prezo xusto, pero de ningún xeito prevía que a Administración fora quen houbera de quedar con eses dereitos. Aí é onde xorde a figura do beneficiario.

A Administración é quen executa a potestade de expropiar porque un particular non pode executala, por máis que a actividade que el realice sexa de interese público e xustifique axudalo incluso privando a outras persoas dos seus dereitos de xeito que se facilite esa actuación.

O beneficiario é a persoa que efectivamente se vai beneficiar desa privación forzosa, polo tanto, o beneficiario é a persoa que acude á Administración para que ela exercite a súa potestade de expropiación, pero isto ofrécenos unha relación xurídica a tres bandas: unha relación xurídica entre a Administración expropiante e o expropiado; hai outra relación xurídica entre a Administración expropiante e o beneficiario, enténdese que cando o beneficiario non é a propia Administración; e logo, hai unha relación indirecta entre o beneficiario e o expropiado.

Quen leva a cabo a expropiación non é o beneficiario, é a Administración, o que ocorre é que as resolucións da Administración son im-

pugnables porque son actos administrativos en vía contenciosa, tanto polo beneficiario coma polo propio expropiado. Por exemplo, o acordo do xurado de expropiación que fixa un prezo xusto é, loxicamente, un acto recorrible, pero non só polo expropiado senón tamén polo beneficiario que cre que se fixou un prezo excesivo. En cambio, cando a Administración é a beneficiaria, ela non podería recorrer contra o acordo do xurado, en principio, podería declaralo lesivo, impugnaloo en vía contenciosa, polo menos cando o xurado depende dela.

Quen expropia é a Administración e os destinatarios da súa actuación son o beneficiario e o expropiado; o que ocorre é que o beneficiario ten un papel máis relevante do lado activo có expropiado que o ten do lado pasivo.

O artigo 2 da LEF do 54 establece que poderán ser beneficiarios da expropiación forzosa as entidades e concesionarios ós que se lles recoñeza legalmente esta condición. É unha previsión xeral. Será beneficiario da expropiación calquera persoa que poida pedirlle á Administración o emprego do instituto da expropiación no seu propio beneficio. Claro, como a expropiación require utilidade pública ou interese social ten que ser unha actividade declarada de utilidade pública ou interese social. A Administración deberá valorar se isto é certo e deberá valorar, ademais, se é necesaria a expropiación, porque a voz cantante lévaa a Administración mesma. Nin que dicir ten, a venda forzosa, que no urbanismo ten tanta importancia, é unha maneira de expropiar. A diferenza é que na expropiación xenuína urbanística o beneficiario da expropiación é a propia Administración expropiante, aínda que pode que non, mentres que na venda forzosa o beneficiario é sempre un terceiro, que é o que compra. O adquirente na venda forzosa é o terceiro que vén se-lo beneficiario da expropiación; o que pasa é que na venda forzosa pódese seguir un procedemento distinto, pero non deixa de ser unha forma de expropiar.

O tema do beneficiario desenvólvese no Regulamento de expropiación, concretamente nos artigos 4 e 5 e no ámbito urbanístico hai unha previsión moi concisa no artigo 214. O artigo 214 do texto refundido do 92 está vixente e di que teñen a consideración de beneficiarios da expropiación as persoas naturais ou xurídicas subrogadas nas facultades do Estado, das comunidades autónomas, ou das entidades locais, para a execución dos plans ou obras determinadas.

En xeral, o beneficiario da expropiación ten unha posición xurídica regulada nos artigos 4 e 5 do Regulamento de expropiación forzosa e di este artigo 4 que cando non cadren expropiante e beneficiario, quen exercerá a expropiación é o expropiante, a Administración, a favor do beneficiario, a instancia deste; e a esa Administración expropiante correspóndelle:

1º.- Decidir executoriamente a procedencia e extensión das obrigas do beneficiario respecto do expropiado. É dicir, a primeira decisión que a Administración adopta é a decisión de expropiar. Se un beneficiario lle pide á Administración que expropie por el e a Administración lle di que non, aquí vese na relación xurídica Administración-beneficiario un primeiro acto recorrible. O beneficiario pode recorrer contra un acto da Administración porque a Administración se negue a tramita-la expropiación.

2º.- Tamén decide a Administración executoriamente o que proceda sobre o alcance e a extensión das obrigas do beneficiario respecto do expropiado, o que se está querendo dicir é que quen, por exemplo, fixa o prezo xusto é a Administración, igual que é a Administración a que declara a determinación dos bens ou dereitos que convén expropiar; ou quen declara a urxencia da expropiación, se é o caso, ou sexa, que é a Administración a que decide. Estes actos son recorribles polo expropiado pero tamén polo beneficiario.

Tamén lle corresponde á Administración adoptar tódalas demais resolucións que impliquen o exercicio da potestade de expropiación sen prexuízo da intervención que se lle atribúe ó beneficiario. ¿Cal é esa intervención do beneficiario que é unha intervención máis activa cá que ten o expropiado? É unha intervención que non é desdénzable e que se regula no artigo 5 da propia lei. Este artigo di que o beneficiario, ademais de ter que lle solicitar á Administración o exercicio da potestade expropiatoria xustificando plenamente a necesidade de levalo a cabo e a súa calidade de beneficiarios durante o que é xa o procedemento mesmo de expropiación ten atribuídas as seguintes facultades e obrigas:

1ª.- Impulsa-lo procedemento e informar ó seu arbitrio sobre as incidencias e pronunciamentos deste. Máis ca impulsa-lo procedemento, pedi-lo impulso deste, porque quen debe de verdade impulsa-lo procedemento é a Administración.

2ª.- Formula-la relación de bens ou dereitos que hai que expropiar. Faíña o beneficiario pero logo a Administración é quen a ten que apoiar.

3ª.- Convir co expropiado a adquisición amigable. Sabemos que na fase do prezo xusto o primeiro que a lei intenta é que se chegue a un acordo de valoración. Loxicamente, terá que chegarse a este acordo entre expropiado e beneficiario, aínda que a Administración terá que o bendicir. O que paga o prezo xusto é o beneficiario, non a Administración e, ademais, é o que ten o risco da reversión.

4ª.- Actuar na peza separada de prezo xusto para os efectos de presenta-la folla de aprecio do artigo 30 da lei e acepta-la valoración proposta polo propietario; é dicir, quen acepta ou rexeita a folla de aprecio non é a Administración, é o propio beneficiario porque é el o que vai pagar e porque o Regulamento de expropiación así o quixo.

5ª.- Pagar ou consigna-la cantidade fixada como prezo xusto.

6ª.- Aboa-las indemnizacións de demora que legalmente procedan.

7ª.- Obrigas e dereitos derivados da reversión.

8ª.- Os demais dereitos e obrigas establecidos na lei.

No caso da reversión, cando o reversionista exerce o seu dereito ¿como se materializa o procedemento nos supostos de que haxa beneficiario? O reversionista exerce o seu dereito ante a Administración e quen tramita e resolve o expediente de reversión é a Administración tamén porque é unha expropiación ó revés, onde de novo a expropiante é a Administración, só que en posición pasiva de aceptación de reversión.

En consecuencia, aquí o expropiado é o beneficiario e o que terá que ocupar unha posición pasiva e de recorrente, normalmente, será o propio beneficiario se considera que non prospera a reversión ou que o prezo xusto non se fixou axeitadamente ós seus intereses nese procedemento de reversión. De xeito que estamos nunha relación a tres bandas: o beneficiario non é a Administración pero ten unha certa posición activa que o regulamento lle reconece, polo tanto, a súa relación é coa Administración, igual que a Administración ten outra relación co expropiado.

¿Hai relación xurídica directa entre o beneficiario e o expropiado ou sempre se pasa pola canle da Administración? Formalmente, tanto na expropiación coma na reversión hai que pasar pola criba da Administración. Agora ben, a xuízo do relator, non é desdeñable a posibilidade de que poidan ventilarse na vía civil relacións paralelas xurdidas entre eles que non necesiten, pola súa propia natureza, ou que non deriven do exercicio dunha potestade mesma como é a expropiatoria.

Por exemplo, no suposto de que se chegue a un prezo xusto acordado entre beneficiario e particular e logo o particular, eventualmente, chegue a entender que el prestou o consentimento, por exemplo, viciado, porque incorreu nun erro ou porque se lle enganou e houbo dolo. Neste suposto, non é imposible a acción civil directa destinada á determinación da invalidez dese pacto. O que ocorre é que na resolución civil que se produza, probablemente, o que imos facer é revivir se lle é favorable ó expropiado a vía expropiatoria porque a Administración terá que volver tramita-lo expediente expropiatorio.

É certo que o expropiado pode, en lugar de facer isto, tratar de ir pola vía administrativa, denunciarlle á Administración as irregularidades cometidas de xeito que a Administración solucione os temas.

Se o expropiado lle pide á Administración que declare inválida a necesidade de ocupación, porque se remata demostrando que había un vicio ou que o ben que se ía expropiar non era necesario, obviamente, o máis normal é acudir a esta vía, neste caso a única vía, posto que, indefectiblemente, a pretensión do expropiado ten que pasar pola anulación dun acto administrativo e ese acto administrativo tense que anular pola propia Administración, se é o caso, na vía contenciosa.

Aquí o expropiado tería que pedirlle á Administración que anulase ese acto ou recorrello se é que está en prazo para iso. Nestes casos non parece que teña sentido a acción civil.

En resumidas contas, o beneficiario non é Administración pero si é unha parte privada activa no procedemento de expropiación. As decisións, salvo nalgúns aspectos que corresponden a relación directa, en principio deben formularse a través da Administración e tanto na ida coma na volta, a Administración é a que criba e decide mediante resolucións a evolución mesma do procedemento e do desenvolvemento e é a que lexítima a expropiación forzosa. As relacións, en principio, son directa entre expropiado e Administración e entre beneficiario e Administración e só eventualmente, en casos de relación puramente privada que poida admitirse cabería relación directa entre beneficiario e expropiado.

O estatuto do beneficiario da expropiación está regulado nos artigos 4 e 5 do Regulamento de expropiación forzosa.

Despois dun breve descanso, José Manuel Díaz Lema, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Valladolid, tratou o tema do *dereito de reversión e o réxime xurídico do sistema de actuación por expropiación*. Este relator salientou que a nova regulación do dereito de reversión na Lei de ordenación da edificación está claramente dirixida a dificultala. No fondo reflicte unha concepción do dereito de propiedade bastante distinta da que presidiu a elaboración da Lei de expropiación forzosa.

Admítese o exercicio deste dereito no suposto de non execución da obra; non establecemento do servizo que motivou a expropiación; a existencia de partes sobrantes do expropiado; ou finalmente a desaparición da afectación.

Así mesmo, hai casos en que este dereito queda enervado e que están previstos no artigo 54.2 da Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación: cando se produza a substitución da afectación inicial por outra distinta (a outro fin que fora declarado de utilidade pública ou interese social); cando a afectación inicial se prolongue cando menos 10 anos desde o remate da obra ou o establecemento do servizo.

Á marxe do prazo de dez anos, que é un prazo relativamente breve, o feito de que a Administración poida modificar e substituír unha afectación por outra, reduce de xeito extraordinario as posibilidades efectivas da reversión. De feito, esta pode quedar reducida a supostos de obras erradas, iniciadas e non rematadas, en que a propia vontade administrativa decae. Pero ó permitirlle á Administración substituír unha obra por outra (unha afectación por outra, nos termos máis xenéricos da lei), queda claro que, en boa parte dos casos, o exercicio do dereito de reversión verase notablemente minguado nas súas aplicacións prácticas.

No que se refire ó procedemento para o exercicio do dereito de reversión, en principio, debe se-la propia Administración a que inicie o procedemento mediante unha notificación ó expropiado e, en defecto de notificación, poderá este iniciais-o procedemento reversional nos distintos supostos².

No artigo 55 regúlase a restitución da indemnización expropiatoria, considerada «presuposto para o exercicio do dereito», así como a nova valoración cando proceda, e ante todo deixa claro a lei que a toma de posesión polo particular do revertido non poderá ter lugar sen o previo pagamento ou consignación do importe resultante³.

Pola tarde, Luis Miguel López Fernández, profesor titular de dereito civil da Universidade Autónoma de Madrid, falou da *inscripción no Rexistro da Propiedade das expropiacións forzosas*. Sinalou que a inscrición rexistral dos expedientes expropiatorios é particularmente necesaria cando este instrumento se utilice como sistema de actuación, posto que en tal caso boa parte das parcelas incluídas na unidade de execución teñen un destino privado e han de se volver incorporar ó tráfico xurídico. Cousa inimaxinable sen o apoio do Rexistro da Propiedade.

Esta inscrición tamén é interesante cando a expropiación se utilice á marxe da actuación sistemática e como mecanismo para obter terreos destinados á execución de obras ou á implantación de servizos e dotacións públicas, posto que impide a aparición de terceiros adquirentes que poidan alega-la protección da Lei hipotecaria para opoñerse á ocupación administrativa e obstaculiza-la realización do interese público que motivou a expropiación.

A normativa xeral sobre os requisitos e trámites para inscribi-las expropiacións contense, principalmente, na Lei e no Regulamento de expropiación forzosa e no artigo 32 do Regulamento hipotecario, pero tamén debemos ter en conta o Real decreto 1093/1997, do 4 de xullo, polo que se aproban normas complementarias ó Regulamento para a execución da lei hipotecaria sobre inscrición no Rexistro da Propiedade de Actos de Natureza Urbanística⁴, que previron especificamente algúns aspectos que gardan relación coas expropiacións urbanísticas verificadas mediante o procedemento de taxación conxunta.

A referencia que se fai no artigo 3.2 da LEF ós *rexistros públicos que produzan presunción de titularidade que só pode ser destruída xudicialmente*, así como a que se fai no artigo 146.3 da Lei galega 1/97, para expropiacións urbanísticas verificadas mediante taxación conxunta, refírense ó

² Artigo 54.3 da Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación.

³ Artigo 55.3 da Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación.

⁴ No sucesivo NCRH

Rexistro da Propiedade. Polo tanto, as actuacións do expediente expropiatorio han de ser efectuadas polos titulares rexistrados.

Só en caso de que a propiedade afectada pola expropiación non fora inscrita no rexistro, poderase acudir ós mecanismos subsidiariamente considerados no citado artigo 3.2 da LEF para considerar propietarios ós que acrediten noutra forma se-los titulares dos bens e dereitos expropiados.

Se a propiedade foi inscrita e o expediente se tramitou prescindindo dos titulares rexistrados, o título resultante non poderá ser inscrito. Se se tratara de titulares descoñecidos ou non comparecentes, ou ben de titulares menores ou incapacitados que carezan de representante legal, as dilixencias do expediente expropiatorio deberán entenderse co Ministerio Fiscal.

Cando a propiedade está inscrita no rexistro e entre en contradición coa existencia de persoas que aleguen un dereito contradictorio coa inscrición rexistral, podemos atoparnos ante os seguintes supostos:

1.- un caso de titularidade controvertida ou litixiosa en que exista anotación preventiva de demanda inscrita no Rexistro da Propiedade, caso en que as dilixencias deben terse co Ministerio Fiscal, tendo tamén como parte ós que presenten títulos contradictorios (o titular rexistral e o anotante)⁵. O prezo xusto consignarase a favor de quen corresponda.

2.- un caso de tracto rexistral interrompido, corrixible mediante a inscrición dos títulos intermedios ou a través dos mecanismos previstos pola lexislación hipotecaria⁶.

Para garantir a presenza dos titulares rexistrados no expediente expropiatorio, a Administración deberá solicita-la expedición da certificación de dominio e cargas relativa ós terreos afectados e prevista nos artigos 32.1 do RH e 22 das NCRH.

Nesta certificación constarán os titulares que deben ser notificados para que o resultado da expropiación poida acceder ó Rexistro da Propiedade.

Se a certificación fora negativa en relación con todos ou algún dos terreos afectados, é dicir, se o rexistrador indicara que eses terreos non están inscritos no rexistro, a Administración poderá acudir ós mecanismos subsidiarios do artigo 3.2 da LEF para a determinación dos que se deben considerar propietarios dos terreos afectados. A falta de previa inscrición deses terreos non será un obstáculo para inscribi-lo resultado do expediente porque non se ignoraron uns titulares rexistrados por definición inexistentes e porque a acta de pagamento e ocupación permitirá inmatricula-lo terreo expropiado a nome da Administración ou o beneficiario⁷.

⁵ Artigos 5.1 e 2 da LEF e 25.6 das NCRH.

⁶ Expediente de dominio ou acta de notoriedade.

⁷ Artigo 53.3 da LEF.

Segundo o artigo 32.1ª do RH a nota marxinal debe ser estendida de oficio polo rexistrador cando lle sexa solicitada a certificación de dominio e cargas para os efectos de expropiación. Caduca ós tres anos da data en que fora practicada se durante ese tempo non se producira un novo asento relacionado co mesmo expediente, pero, tal vez, se poida prorrogar por outros tres anos a instancia da Administración.

O problema que nos resolve a nota é o seguinte: os titulares de dominio e cargas que constaban no rexistro ó practicarse a nota son os mencionados na certificación expedida, os cales han ser notificados no expediente expropiatorio e concorrer ó pagamento se é o caso, se a Administración desexa que o resultado da expropiación sexa inscrito cos efectos de cancelación do dominio do expropiado e das cargas que afectaban o terreo proclamados polos artigos 53 da LEF e 224 do TRLS de 1992.

Se durante a tramitación do expediente expropiatorio se modificara a situación xurídica do terreo afectado, por cambia-lo titular do dominio ou dalgunha carga, ou por constituírse cargas novas, os adquirentes sucesivos están avisados pola nota marxinal da existencia dun procedemento en curso. De xeito que serán eses adquirentes de dereitos inscritos con posterioridade os que poden verse afectados pola cancelación proclamada nos artigos antes mencionados sen padecemento ningún para os principios hipotecarios nin para a seguridade xurídica do tráfico inmobiliario; sen prexuízo de que poidan comparecer no expediente e se sigan con eles os trámites sucesivos, incluída a percepción do prezo xusto correspondente ós seus dereitos.

En canto ó prezo xusto, háselles de pagar ó propietario ou titular do dereito expropiado e polo tanto, tratándose de propiedade inscrita, ó titular rexistral. Segundo o artigo 222.2 do TRLS de 1992, *chegado o momento do pagamento do prezo xusto só se procederá a facelo efectivo, consignándose en caso contrario, a aqueles interesados que acheguen certificación rexistral ó seu favor, en que conste que se estendeu a nota do artigo 32 do Regulamento hipotecario ou, no seu defecto, os títulos xustificativos do seu dereito, complementados con certificacións negativas do Rexistro da Propiedade referidas ó mesmo terreo descrito nos títulos. Se existisen cargas deberán comparece-los titulares destas.* O artigo 222.3 non constitúe excepción a esta norma, senón consecuencia necesaria dun reinicio do tracto rexistral interrompido que se produce inmediatamente antes do pagamento do prezo xusto. O artigo 146.3 da Lei 1/97 do solo de Galicia, debe entenderse de acordo con estes postulados: pagamento ó titular rexistral ou a quen obtivera un título que permita a súa rectificación e a quen acredite a súa titularidade doutro modo fidedigno só se se trata de propiedade non inscrita.

A consignación ou depósito do prezo xusto procede nos supostos considerados polo artigo 51 do Regulamento de expropiación forzosa, que son os seguintes:

a) Cando non conorra ó acto do pagamento o propietario ou o titular interesado, por si ou por persoa que acredite fidedignamente a súa representación, ou cando rexeitaran recibi-lo prezo.

b) Se foran varios os interesados e non se puxeran de acordo sobre a cantidade que a cada un lle corresponde, ou existira calquera cuestión ou litixio entre eles, ou entre eles e a Administración.

c) Cando compareza o Ministerio Fiscal, de acordo co disposto no artigo 5º da lei.

d) Cando comparezan persoas que non poidan allear sen permiso ou resolución da autoridade xudicial, a que se refire o artigo 6º da lei.

e) Cando se trate de bens inmobles, os titulares de cargas ou dereitos reais inscritos no Rexistro da Propiedade non compareceran ó acto do pagamento.

f) Nos demais casos previstos polas leis.

Entre eses casos previstos polas leis pode mencionarse a posibilidade prevista no artigo 32.2 da Lei 6/98 sobre a consignación do valor correspondente a un inmovible gravado para que sexa distribuído entre os titulares do dominio e das cargas -aplicable a todo tipo de expropiacións, segundo o artigo 23 da propia norma-, e o sorprendente suposto considerado polo artigo 25.4 das NCRH -aplicable só ás expropiacións urbanísticas e quizais só ás verificadas mediante taxación conxunta-.

De acordo co artigo 53 da LEF o título inscribible vén constituído pola acta de ocupación, acompañada dos xustificantes do pagamento do prezo xusto ou da consignación deste.

En canto á expropiación urxente e a súa inscrición rexistral, o relator sinalou que o anticipado na expropiación urxente é a ocupación material ou toma de posesión do terreo ou terreos afectados polo expediente expropiatorio, pero nunca a transmisión da súa propiedade ó expropiante ou beneficiario, a cal se producirá cando se pague ou consigne o prezo xusto definitivamente fixado. O reflexo rexistral da situación creada coa ocupación dun terreo, a propiedade da cal aínda non foi transmitida ó expropiante ou beneficiario, verificase mediante a anotación preventiva considerada nos artigos 60.3 REF e 32.3ª do RH.

Polo que se refire á inscrición rexistral no suposto de taxación conxunta, López Fernández destacou que se os efectos do depósito ou pagamento da valoración previa establecida no procedemento de taxación conxunta son os previstos nos números 6, 7, e 8 do artigo 52 da LEF, parece que o reflexo rexistral desa situación debería producirse mediante a anotación preventiva prevista nos artigos 60.3 do REF e 32.3ª do RH. A inscrición da propiedade a favor da Administración esixiría o pagamento ou consignación do prezo xusto definitivamente fixado e a redacción da acta de ocupación, como dispón o artigo 39 da Lei 6/98, e a súa comparación co 38 pon de manifesto que o lexislador diferencia claramente

entre o prezo xusto e o importe da valoración establecida ó aproba-lo proxecto tramitado por taxación conxunta.

O derradeiro relatorio destas xornadas correu a cargo de Igor Yáñez Velasco, letrado da Xerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, técnico urbanista e avogado, quen fixo un *estudio práctico dun expediente de expropiación forzosa*. Explicou que a aprobación dos plans de urbanismo supón a declaración de utilidade pública e a necesidade de ocupación dos terreos afectos expropriatorios⁸.

Isto significa que, en principio, non é necesaria unha declaración de bens concretos que cumpra expropiar, que si o é con carácter xeral nas expropiacións ordinarias, pero, sen embargo, si é necesario facer unha relación de bens e dereitos.

Esta relación de bens e dereitos faise mediante un proxecto de expropiación. Normalmente, este proxecto axústase á unidade ou á área que se vai expropiar, determinada polo plan xeral de ordenación urbana ou, se é o caso, polo plan parcial ou o plan especial.

É necesario sacar a información pública a relación de propietarios e de titulares de dereitos dentro da área que hai que expropiar. E é necesaria a publicación do proxecto durante un prazo de 15 días, segundo di a LEF. Esta publicación faise no Boletín Oficial da Provincia e no taboleiro de anuncios do concello. Agora non é necesaria, en principio, a notificación individualizada e, realizadas as alegacións, prodúcese a aprobación definitiva da necesidade de ocupación mediante o acordo do concello pleno.

Neste momento da aprobación definitiva da relación de propietarios e dereitos que conveña expropiar, é cando se inicia en si o expediente expropriatorio de conformidade co establecido na lei.

Isto ten transcendencia para os efectos dos intereses legais en caso de que non se determinara o prezo xusto no prazo de 6 meses. Por outra banda, é necesaria a aprobación do gasto. Esta aprobación do gasto prodúcese unha vez determinada definitivamente a relación de bens e dereitos.

O expediente de valoración dos terreos, é dicir, o expediente de determinación do prezo xusto iníciase mediante un requirimento ó particular para que compareza ó obxecto de acorda-lo prezo do inmóble no prazo de 10 días, e poden ocorrer dúas cousas:

1º.- Se non comparece o interesado pasaríamos á fase do requirimento para que presente a folia de aprecio o particular. En caso de que compareza, se hai un acordo, simplemente sería aprobado polo órgano


⁸ Artigo 54.1 da Lei do solo galega.

competente do concello, ben sexa o alcalde, ben sexa o concello, en función da contía e remataríase o procedemento expropiatorio.

2º.- Se hai comparecencia e non hai acordo requiriríasele ó particular para que presentase a folla de aprecio no prazo de 20 días. Non é necesario que esta folla de aprecio vaia asinada por un perito, aínda que pode ir asinada por un perito, pero sempre debe estar motivada.

Coa folla de aprecio poden ocorrer varias cousas: se o particular non presenta folla de aprecio, a Administración deberá face-la súa folla de aprecio e mandarlla ó particular para que a acepte ou a rexeite. Cando o particular presente a súa folla de aprecio, a Administración pode aceptala simplemente, caso en que culmina aí o procedemento expropiatorio; ou pode rexeitala, circunstancia esta en que a Administración deberá face-la súa folla de aprecio.

Se a Administración fai a súa folla de aprecio, mandaralla ó particular para que a acepte ou a rexeite. Esta folla de aprecio que manda a Administración, na opinión do relator, debe ir firmada polo órgano competente ou, cando menos, debe ir aprobada polo órgano competente para aproba-lo gasto porque a xurisprudencia veu dicindo que cando a acepta o particular é unha especie de convenio, é dicir, chégase a un acordo. Na súa opinión non é un convenio senón un acto administrativo necesitado de colaboración, isto é, a Administración dicta un acto e se o particular o acepta é eficaz para tódolos efectos, non necesita unha nova aprobación, en teoría, aínda que na práctica a Administración o que fai é mandar unha folla de aprecio que é simplemente o informe do técnico da Administración respecto da valoración que fai do terreo e se o particular a acepta, o que se fai logo é aproba-lo gasto polo órgano competente.

Se o particular non a acepta pasaríase, simplemente, á revisión do expediente ó Xurado Provincial de Expropiación para que este determine o prezo xusto. Se é aceptada polo particular, a Administración aprobaría o gasto polo órgano competente e procederíase ó pagamento na forma establecida pola Lei de expropiación forzosa. 

XORNADA SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS REXIÓNS POLO INCUMPRIMENTO DO DEREITO COMUNITARIO

(EGAP, Santiago de Compostela, 2 de abril de 2001)

María del Carmen Silva López

Avogada

○ marco regulador da responsabilidade dos entes subestatais por incumprimento do dereito comunitario, comporta contradicións difíciles de salvar polas administracións públicas autonómicas, dado que o procedemento por incumprimento do artigo 226 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea non fai mención ás rexións e si ós estados. Partirase da análise da problemática no ámbito comunitario e discutirase a necesidade dun recoñecemento do papel activo das rexións na aplicación e o control da aplicación do dereito europeo. Do control pasarase á responsabilidade por incumprimento e, de aí, analizarase a cuestión das sancións impostas en virtude do artigo 228 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea e os efectos nos estados descentralizados e, máis en concreto, a nosa Comunidade Autónoma.

Ante a responsabilidade, o dereito de defensa: a necesidade da participación das rexións nos procedementos ante o Tribunal das Comunidades Europeas e o debate sobre as posibles solucións que no eido comunitario, estatal e subestatal son necesarias para mellora-la coordinación administrativa das comunidades autónomas españolas en materia de control e responsabilidade das rexións por incumprimento do dereito comunitario.

A Escola Galega de Administración Pública xunto coa Secretaría Xeral de Relacións coa Unión Europea e Acción Exterior e a Fundación Galicia-Europa organizaron conxuntamente esta xornada que se desenvolveu na EGAP, o día 2 de abril de 2001. A xornada contou cunha nutrida asistencia de máis de cen persoas. Durante a xornada, destacadas personalidades galegas e españolas expresaron as súas posturas sobre esta importante materia, cunha gran transcendencia na actualidade.

Esta xornada foi inaugurada polo secretario xeral de Relacións coa Unión Europea e Acción Exterior e director da Fundación Galicia-Europa, Jesús Gamallo Aller, quen afirmou que existe unha lagoa no ordenamento xurídico comunitario, que ten que ver coa participación das rexións no feito comunitario europeo, porque os asuntos de incumprimento están regulados no que atinxe ó nivel dos estados e non das rexións e, no noso caso, das comunidades autónomas. Sinalou, ademais, tres causas que xustifican un curso destas características:

- 1 A *vis* expansiva das políticas comúns europeas.
- 2 O novo marco xurídico das medidas coercitivas do Tratado de Maastricht, referendado despois polo propio Tratado de Amsterdam.
- 3 A necesidade de implementar dun xeito descentralizado todo acervo comunitario, de toda a normativa europea.

Aludiu tamén ás infraccións do medio natural que é o ámbito onde máis se incoan os procedementos por queixa. Dixo tamén que se está a falar dun novo dereito da competencia. En xaneiro deste ano entrou en vigor o novo procedemento na Xunta para a concesión de axudas públicas, pero tamén simultaneamente no tempo, os novos regulamentos da Comisión Europea sobre a excepción de notificación da axuda pública.

A execución da política agrícola común é un asunto tamén clave neste momento. Todo o que ten que ver coa aplicación do FEOGA¹ no seu apartado de garantía que incide nos mercados e, tamén no seu apartado de orientación que incide nas estruturas, sobre todo nun momento en que xa se fala dunha reforma da PAC² pola falta de cartos, sobre todo para cubri-las derivacións das crises alimentarias que estamos a vivir.

Fixo referencia á falta de lexitimidade activa, á falta de capacidade que teñen as comunidades autónomas de accionar diante do Tribunal de Luxemburgo. Esta é unha vella reivindicación da Xunta, e de tódalas comunidades autónomas e mesmo do Comité de Rexións da Unión Europea.³

¹ Fondo Europeo de Orientación e Garantía Agrícola.

² Política Agraria Común.

³ En adiante UE.

O director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, pola súa parte salientou que dentro do programa formativo en materia de acción exterior e en colaboración coa Secretaría Xeral de Relacións coa Unión Europea e Acción Exterior e a Fundación Galicia-Europa, teñen previsto desenvolver outras xornadas coma a organizada. Todo coa intención de fomentar a vocación comunitaria no noso funcionariado e para que se poida intensificar a presenza do funcionariado de orixe galega nas institucións comunitarias.

A conferencia inaugural correu a cargo da Senior Lecturer-LLM do Instituto Europeo de Administración Pública (Centro Europeo de Rexións), Gracia Vara Arribas, que fixo unha introducción sobre a estrutura da xornada e os obxectivos desta, ademais de explicarnos qué é o Instituto Europeo de Administración Pública.

O Instituto Europeo de Administración Pública ten a súa sede en Barcelona, o Centro Europeo de Rexións. Naceu hai vinte anos, no 1981, na cidade holandesa de Maastricht con ocasión do primeiro Consello europeo que tivo lugar alí. Traballan en temas europeos ó servizo das administracións públicas de tódolos estados membros e países candidatos.

Xa no ano 1996 como consecuencia dunha serie de acontecementos que fixeron predicir e ver claramente a importancia crecente do papel das rexións no proceso de integración europeo, decidiuse descentralizar todo o que foran as accións de formación e asesoría ás administracións públicas do nivel subestatal. Nese proceso chegouse a un acordo co Goberno de Cataluña e situouse a delegación, Centro Europeo de Rexións, en Barcelona.

A relatora fixo fincapé neste curso para o entendemento do sistema xurídico comunitario e para facilitar a comprensión da importancia da participación na elaboración das normas para acadar logo unha efectiva aplicación destas normas e que estimule sobre todo os pensamentos sobre o futuro e a evolución deste proceso de integración europeo.

A continuación, Javier Ruíz Tomás, xefe adxunto da Unidade de Aplicación do Dereito Comunitario da Dirección Xeral de Medio Ambiente da Comisión Europea, co seu relatorio sobre «A aplicación e o control da aplicación do dereito comunitario: competencias e responsabilidades en materia de medio natural».

Empezou dicindo o relator que o medio natural é un tema que interesa a todos e que é unha noción moi ampla e moi pouco definida. Medio natural é todo, a auga, o aire, as especies, as aves, a natureza. O medio natural naceu hai vinte e cinco anos cando se empezou a tomar conciencia dun proceso de deterioración deste debido normalmente á actividade do home. Pasamos dunha situación en que de defenderse o home dos factores externos que implicaban ou supoñían para el algún

tipo de agresión, agora, a quen hai que protexer non é o home, senón o medio natural.

Desde os anos 70, que é cando empeza en realidade a actividade lexislativa da Comunidade Europea en materia de medio natural, véñense facendo uns programas de acción. O primeiro programa de acción é do ano 1973 e xa se lanzaron algunhas ideas importantes como o «principio de quen contamina, paga» ou o de ataca-la contaminación, preferentemente a fonte. Estes principios foron respectados e incorporados ó tratado nas distintas modificacións que sufriu.

As primeiras normas ambientais tiñan como fundamento o artigo 100.a) do tratado, agora 95. A primeira norma real sobre dereito ó medio natural referíase á biodegradabilidade dos deterxentes, norma pensada en función do mercado interior, e non na protección estricta do medio natural. Desde entóns ata hoxe, e en función das distintas modificacións do tratado, véñense adoptando actos lexislativos, normalmente directivas, que cobren os máis amplos temas: contaminación da auga, do aire, do solo e, incluso na directiva do impacto ambiental chégase a falar da paisaxe. Introdúcense temas como a biotecnoloxía. Mais falta unha visión xeral do medio natural.

A comunidade legisla sobre o que establece o artigo 249 do tratado, por medio duns instrumentos xurídicos determinados: o regulamento, a directiva, o dictame, a recomendación e a decisión. Algúns deles son obrigatorios, por exemplo o regulamento, que é directamente aplicable, unha vez se aproba entra en vigor en tódolos estados membros; a directiva ofrece un período de transposición, é dicir, que o estado membro de que se trate ten un prazo determinado para lle incorporar ó seu sistema xurídico as ideas ou principios que establece esa directiva; as decisións son algo moi concreto dirixido a un destinatario determinado que queda obrigado ó seu cumprimento; os dictames e as recomendacións, en principio, non son vinculantes. E sen embargo, os dictames, aínda que non son vinculantes, si o son en certa maneira no marco do procedemento de infracción.

¿Que tipos de infracción podemos atopar?:

1. A non comunicación: se o estado membro o día que ten que traspoñer unha directiva non o fixo, e tampouco llo comunicou á comisión, xa que a obriga non é só de traspoñela e incorporarlle ó dereito interno, senón a de notificarllo á comisión en forma debida, entón automaticamente a comisión lanza un procedemento de infracción do artigo 226 do tratado, e no caso de que o estado non se poña en regra con esta obriga nun prazo breve, remíteselle ó Tribunal de Xustiza.

2. Os casos de conformidade son máis complicados, porque hai que analizar se a lexislación que o estado adoptou é conforme ou non á directiva. O tema da transposición correcta é difícil. Nalgúns casos, como

Austria, Alemaña e en certa medida, España, hai que analizar non só a lexislación do estado, senón a das rexións, comunidades autónomas, segundo o estado de que se trate, que teñen competencias nesas materias.

3. A aplicación das directivas. Aínda que o estado llo traspuxera en tempo ou non, pero correctamente á directiva, e logo resulta que na práctica non se aplica ben. Un exemplo local é un caso de avaliación de impacto sobre un determinado proxecto, o estudio das especies que se poderían ver afectadas, resulta que coincidía con especies e hábitats que existen en Andalucía, pero non en Galicia. O cal fai sospeitar que algo non se estaba a facer ben.

Despois, o relator, facendo unha paréntese no seu discurso, analizou unha serie de gráficos estatísticos sobre o tema do seu relatorio, que os podemos resumir da seguinte forma:

A comisión recibiu nos últimos anos un número crecente de queixas, de 161 en 1996 a 534 no 2000. Por outra banda, hai estados membros que capitalizan máis do 20% do total das queixas dirixidas á comisión. Ese estado é España.

En canto ó tipo de infraccións que existen, o relator analizou os casos da Europa comunitaria segundo os diferentes sectores de lexislación comunitaria de que se trate. Os sectores estudados son os seguintes: impacto ambiental, aire, química, biotecnoloxía, organismos xeneticamente modificados, natureza, residuos, auga, parte nuclear (protección contra a radiación). Na maior parte dos casos que se investigan, refírense a sectores moi determinados, en particular ó sector da natureza, que ocupa un 36% do total. Temos un segundo sector cun 25% dos casos, o sector da avaliación de impacto ambiental. O terceiro sector en canto ó número de casos investigados neste momento é o sector dos residuos. De momento non xera problemas, pero vains xerar, porque o 1 de xullo de 2001 entra en vigor a directiva 99/31, sobre vertedoiros. En España vai traer problemas porque hai moito vertedoiro ilegal. En cuarto lugar está o sector das augas. O número de casos é aproximadamente o 10% do total. En Europa hai poucas cuestións relativas ós sectores industriais.

O relator referiuse despois a España. O sector natureza é o que ten máis casos, tanto queixas coma casos abertos de oficio e infraccións constatadas. O sector impacto ambiental ocupa tamén o segundo lugar, cunhas porcentaxes moi similares á media europea. Despois están os residuos e a auga. En liñas xerais, non hai unhas diferencias marcadas entre a situación española e a europea.

Seguiu despois explicando o procedemento de infracción, que consiste en que cando se identifica unha infracción sexa por unha queixa, por un caso que abre a comisión por propia iniciativa ou directamente, se o estado membro á hora de traspoñer unha directiva non o fai, automaticamente a comisión envíalle unha carta de emprazamento ó estado

membro. Chámasele a atención a este sobre un incumprimento que foi identificado. Incumprimento que non se considera como constatado ata o momento en que a comisión á vista de que o estado membro non responde á carta de emprazamento ou que non lle dá unha resposta satisfactoria a esta, emite o que se chama o dictame motivado. Este si é vinculante, xa que é a última fase do procedemento precontencioso, é dicir, antes de acudir ó Tribunal Europeo de Xustiza para que constate a infracción e condene o estado por incumprimento, a comisión presenta a súa opinión definitiva sobre o asunto de que se trate. E cando se lle dá ó estado un prazo despois do dictame, non é para que responda, senón para que o cumpra, e se conforme o que este dispón. No caso de que non o faga, a comisión tomará a decisión de levarlle o caso ó Tribunal.

O procedemento do artigo 228 do tratado, cando un estado membro non cumpriu unha sentenza do Tribunal Europeo de Xustiza, a comisión lanza un novo procedemento que segue os pasos do anterior, carta de emprazamento, dictame motivado e demanda ó tribunal, coa particularidade establecida no artigo 228.2, de que na súa segunda demanda ó tribunal, a comisión precisará a suma a tanto alzado ou a multa coercitiva que estime procedente que se lle imponha ó estado membro por ese incumprimento. Logo o tribunal poderá imponer unha sanción maior, menor ou respecta-lo que solicitou a comisión.

A sanción calcúlase en función de catro criterios:

1. Cantidade fixa (500 euros por día), que se establece polo simple feito de non respecta-la segunda sentenza.

2. Factor de gravidade (coeficiente multiplicador) que vai do 1 ó 20, segundo a natureza da regra que foi infrinxida, a súa importancia, se inflúe ou non na saúde, se ten unha extensión xeral no estado membro ou é máis ben local. Hai unha serie de criterios para avalía-la gravidade da infracción.

3. Duración da infracción, o tempo que lle está levando ó estado membro conformarse coa sentenza do tribunal. É un factor que se valorou entre o 1 e o 3. Son todos coeficientes multiplicadores.

4. Efecto disuasorio, é un factor fixo que está calculado en función de dous criterios fundamentais e que é diferente segundo o estado:

— a capacidade económica do estado membro.

— a ponderación dos seus votos ante o consello, xa que dá unha certa imaxe de poder da capacidade, da influencia dese estado.

A España pódese chegar a condenala ó pagamento de ata 57 millóns de pesetas por día no caso de que lle sexa imposto polo tribunal unha sanción máxima.

Acabou dicindo o relator que no marco do procedemento de infracción, os interlocutores son só o estado membro e a comisión. Os parti-

culares, incluso os denunciante, non son parte no procedemento, só reciben información pola comisión.

O seguinte relator foi Javier Suárez García, director xeral – xefe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, que falou sobre «a experiencia de Galicia no réxime comunitario de axudas: valoracións críticas».

Empezou dicindo que ata os regulamentos do ano 1999 non había un marco normativo sistemático de dereito elaborado desde as institucións comunitarias. Si había moitas directrices elaboradas da comisión e a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. Pero faltaba un dereito derivado que regulase de forma xenérica estas materias, co cal o que se producía era unha aplicación directa das disposicións do tratado en materia de axudas que se concretan nos actuais artigos 87, 88 e 89.

O principio xeral que establece o artigo 87 é que as axudas de estado son incompatibles co tratado, salvo aquelas que o propio artigo considera especificamente compatibles, como poden ser algunhas de carácter social ou as destinadas a paliar determinadas catástrofes naturais. O parágrafo terceiro do artigo sinala que axudas poden declararse compatibles cos tratados comunitarios ou co dereito comunitario.

O artigo 88 analiza as funcións da comisión en materia de axudas, e establece con carácter xeral que a comisión debe controlar de forma permanente tódolos réximes de axudas que se elaboran por parte dos estados membros. Prevese no parágrafo segundo a posibilidade de que tras un procedemento en que se lles dea audiencia ós interesados, a comisión pode declarar que non é compatible a axuda co dereito comunitario e que esta é abusiva, o cal pode implicar que sexa suprimida ou modificada. No caso de que o estado membro non acate esa decisión, cabe a posibilidade de que se acuda directamente ó tribunal para denuncia-lo incumprimento. Prevese a posibilidade dunha intervención excepcional do consello respecto a medidas que en principio poidan ser consideradas non compatibles co tratado, de forma que o consello por unanimidade poida declarar esas medidas compatibles e sempre que aprecie que existen ou que poidan existir circunstancias excepcionais. Por outro lado, o parágrafo terceiro establece o que se denomina o procedemento de notificación. Establece unha obriga de tódolos estados membros de remitirle tódolos proxectos de axudas de estado á comisión cunha antelación suficiente. Do que se trata é de facer un control de carácter preventivo, é dicir, que informe a comisión sobre os proxectos de axuda para que esta nun prazo relativamente breve se poida manifestar acerca da compatibilidade ou non. E en tanto que non haxa esta declaración provisional da comisión, a medida non se pode executar.

O artigo 89 do tratado establécelle unha habilitación normativa ó consello para que por maioría cualificada a proposta da comisión e, logo da consulta do Parlamento europeo, poida adoptar regulamentos en

aplicación dos artigos 87 e 88, e en concreto establece as condicións para a aplicación do artigo 88.3, para o cumprimento deste trámite de notificación previa, así como para sinalar aquelas categorías de axudas que poidan exceptuar deste procedemento de notificación.

Este é o marco xenérico que delimitan os tratados, e a partir de aquí, en uso da habilitación normativa que confire o artigo 89, no ano 1999 dictáronse dous regulamentos por parte do consello:

1. Regulamento 659/1999, do 22 de marzo, que regula polo miúdo o procedemento de notificación e os diferentes procedementos que poida solicita-la comisión.

2. Decreto 994/1998, que establece aquelas categorías de axudas que poidan exceptuarse do trámite de notificación previa, entre outras consideracións.

En aplicación deste último regulamento dictáronse outros tres:

1. Regulamento 68/2001, do 12 de xaneiro, que establece a posibilidade de que se consideren compatibles determinadas axudas á formación que cumpran determinados requisitos.

2. Regulamento 70/2001, do 12 de xaneiro que establece esa mesma posibilidade de compatibilidade respecto ás axudas en materia de pequenas e medianas empresas.

3. Regulamento 69/2001 que establece a regulación de mínimos e que considera que con carácter xeral e tamén con certas matizacións, se consideren compatibles cos tratados as axudas de contía inferior a 100.000 euros, con algunhas exclusións respecto a sectores económicos determinados: transporte, exportación ou axudas que impliquen unha primacía ou unha medida de apoio a determinados produtos nacionais en detrimento de produtos de procedencia doutros países.

A continuación o relator detívose no concepto de axuda que non se atopa definido polos tratados, senón que só delimitan qué é o que se entende por axuda comunitaria mediante a acumulación dunha serie de conceptos xurídicos indeterminados. Tampouco no dereito interno se concreta dunha forma clara qué se entende por estas axudas. Citou despois unha serie de características do concepto axuda que define o artigo 87.1 do tratado:

1. Ten que tratarse de axudas outorgadas polos estados ou mediante fondos estatais.

Por estado enténdese non só o que é a Administración do Estado, senón calquera Administración pública, xa sexa local ou rexional, e desde logo, tamén calquera entidade pública e, en concreto, en materia de axudas, dise que calquera axuda que se poida articular a través dunha empresa privada. Hai algunhas sentencias do Tribunal de Xustiza que matizaron o que se debe entender por axuda de estado.

2. A axuda poida materializarse en calquera forma.

Isto quere dicir que non só mediante unha transferencia directa de fondos, senón tamén a través doutras figuras variadas, como pode se-la concesión de avais ou garantías, a subsidiación de tipos de interese, as condonacións, rebaixas ou moratorias no pagamento dos impostos, no pagamento das cotas sociais. Aquí os exemplos da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza son significativos e moi variados.

3. É preciso que esta falsee ou ameace con falsea-la competencia.

En canto á xurisprudencia que afecta España respecto a esta materia citou o relator a sentenza do Tribunal de Primeira Instancia do 29 de setembro de 2000, que considerou que era axuda de estado o «plan renove industrial» que permitía certas vantaxes por medio de bonificación de tipos de interese para a adquisición de vehículos de motor, cando ó mesmo tempo que se adquirían eses vehículos se desen de baixa outros vehículos matriculados en España e que cumprisen unha serie de condicións. Un dos aspectos en que articulou a súa defensa o Estado español para considerar que non había unha axuda de estado radicaba en que se consideraba que a subsidiación era de escasa entidade e que non era susceptible de falsea-la competencia. Pero o tribunal chegou a unhas consideracións contundentes dicindo que aínda que se falsee en contía escasa a competencia, iso non quere dicir que non se falsee. Esta sentenza ten implicacións tamén respecto ás outras características.

4. Debe favorecer determinadas empresas.

Se nos atopamos ante unha medida de carácter abstracto que se aplica a tódalas empresas ou a tódolos sectores productivos dun determinado país ou rexión, non estaremos ante unha axuda de estado, xa que falta a especificidade da axuda. A axuda ten que favorecer empresas ou determinados grupos de empresas.

5. Afecte os intercambios comerciais entre os países membros da UE.

Así poderíamos non estar ante axudas de estado cando se trate de empresas que fabriquen produtos que só se obteñen nun país comunitario, ou ben axudas que pola súa contía ou intensidade non poidan afectar de forma substancial os intercambios comunitarios.

Analizou a continuación cál é o procedemento que se establece para a notificación de axudas. Atópase regulado no Regulamento 659/1999 e en determinadas disposicións do dereito interno. ¿Que é o que hai que notificar en relación con este control preventivo que ten que facer a Comisión Europea? É importante aquí manexar dous conceptos: por un lado, o concepto de axuda nova fronte a axuda existente; e por outro lado, sinalar que a obriga de notificar se predica tanto das axudas indivi-

duais coma dos réximes de axuda que inclúen supostos nos cales a axuda se formula de forma máis ou menos abstracta ou xenérica.

No artigo 1 contense a definición sobre axuda nova en termos negativos, é axuda nova o que non é axuda existente. E define a axuda existente coma aquelas que foron autorizadas por algún dos procedementos que o propio regulamento establece ou aquela que xa estivese establecida en virtude dun réxime autorizado, aínda que posteriormente en virtude de circunstancias sobrevidas pasase a considerar que esta axuda puidera non ser compatible cos tratados, ou puidese dar lugar a unha axuda incompatible. Tamén aqueles supostos en que a axuda non fora autorizada, pero pasaran os prazos de prescrición para que se poida desencadea-lo control preventivo por parte da comisión, ou calquera dos procedementos que no regulamento se establecen para o control deste tipo de axudas, e a axuda pase a ser considerada existente.

Cando nos atopamos ante axudas novas, o regulamento di que estas deben ser notificadas cunha antelación suficiente para que a comisión se poida pronunciar. Segundo o Decreto 287/2000 da Xunta de Galicia, non poderán publicarse convocatorias de axudas en que aínda non recaese autorización da comisión. Establece que habendo notificación, pero non autorización, na convocatoria debe precisarse a posibilidade expresa de modifica-la axuda no caso de que a comisión estableza un condicionante para ela ou a posibilidade de suprimila no suposto de que a decisión da comisión sexa negativa de forma máis ou menos definitiva.

En canto ó control preventivo, a comisión pode adoptar tres medidas:

- Declarar que a medida non constitúe unha axuda.
- Declarar que si constitúe unha axuda e que é compatible co dereito comunitario.
- Manifestar que a medida suscita dúbidas desde o punto de vista do dereito comunitario e polo tanto, hai que incoar un procedemento máis amplo de investigación formal para aclarar se a axuda é ou non compatible.

Naqueles supostos en que a información remitida non sexa suficiente, a comisión debe pedir que se lle envíe unha información suplementaria ou adicional e, así o prazo de dous meses non se empezaría a contar ata o momento en que a información sexa considerada completa pola comisión.

¿Que sucede naqueles supostos en que esta notificación non se produce? Atoparémonos ante axudas ilegais. Tan pronto como a comisión teña noticia delas, debe abrir un exame sobre a materia e solicitarlle información ó estado membro e facerlle un requirimento, que ten como finalidade a suspensión do réxime de axudas ou ordenar que o importe da axuda sexa recuperado con carácter provisional polo estado membro.

Se se incumpre o requirimento, a comisión pode remitirlló ó tribu-

nal para que declare que houbo por parte do estado unha violación do tratado. Nestes supostos de axudas ilegais, a decisión definitiva que pode dicta-la comisión é considerar que non hai axuda, que a axuda é compatible ou tamén incoar un procedemento de investigación formal.

Tamén regula o regulamento o mecanismo para a recuperación da axuda, sempre que se produza unha decisión negativa, sinalando que a recuperación da axuda ten que se producir polos procedementos sinalados no dereito nacional e debe incluí-los intereses desde o momento en que se percibiu a axuda ata o instante en que esta sexa devolta.

Por último tamén se regula o procedemento para as axudas existentes.

Cando se trate de subvencións que se fan na comunidade autónoma, antes de aprobación definitiva das bases da subvención, é necesario que sexa emitido un informe por parte da Dirección Xeral de Planificación dependente da Consellería de Economía. Ese informe ten que manifesta-las modificacións que hai que introducir nesas axudas ó abeiro do que dispón o dereito comunitario. Tamén se ten que pronunciar acerca de se é necesario ou non notifica-la axuda.

Acabou o relator facendo unhas reflexións acerca do control das axudas e, en concreto, do control das axudas por parte da comisión e dos xuíces nacionais. Ante unha axuda nova que debía de ser notificada e non o foi, é perfectamente posible que calquera particular ou que outra administración presente un recurso contencioso administrativo ante os tribunais da xurisdicción ordinaria. Na Xunta de Galicia estes procedementos articuláronse a instancia da Administración do Estado, e sempre se articulaba a pretensión por considerar que existía un vicio substancial de procedemento. Ese vicio substancial de procedemento consistía en que a medida tiña que ser notificada e foi omitida a notificación preceptiva. En moitas ocasións os tribunais aceptan esa formulación da Administración do Estado, consideran que hai un vicio substancial, que o procedemento de subvención é nulo de pleno dereito e en consecuencia anulan a axuda. Outras veces entran en consideracións acerca de se a axuda é compatible ou non ou se nos atopamos diante dunha auténtica axuda de estado e consideran que non é necesario ese trámite de notificación.

Rematou dicindo que se poden suscitar reflexións acerca de se este mecanismo de control é áxil. A súa opinión persoal é que é moito máis áxil o procedemento de control de axudas públicas desde a óptica do dereito comunitario que leva a cabo a comisión, có que poden levar os tribunais nacionais, porque todos coñecémo-la tardanza das sentencias da orde contencioso administrativa.

O derradeiro relator da mañá foi Eduardo Díez Patier, subdirector xeral de Medidas de Acompañamento do Ministerio de Agricultura, Pesca e Alimentación, que falou das «comunidades autónomas, financiamento

comunitario e responsabilidade por incumprimento do dereito comunitario: a xestión e o control dos fondos do FEOGA».

O relator centrou o seu relatorio en cuestións financeiras e, sobre todo, na agricultura, xa que foi a primeira política verdadeiramente común durante moitos anos. Chegou a consumir ata o 90% do orzamento. Aínda hoxe dispón do 50% do orzamento comunitario. Para entrar a falar da UE e dos temas financeiros, o primeiro é falar dun concepto económico, a integración económica, que é o proceso e o resultado da eliminación de barreiras ós intercambios.

O Tratado de Roma prevía unha política común. Común quere dicir que a competencia era da Comunidade Europea, hoxe da UE, e os estados membros renunciaban de entrada á súa soberanía en política agraria. Este é un feito que se dá nunhas cantas políticas comunitarias, a comercial, a agraria, a pesqueira, a de transportes, pero non noutras.

España non estivo no ano 57 na creación da CEE. Polo tanto non participamos na creación do que hoxe é a UE. Tampouco estabamos no ano 62 cando se tomaron as primeiras decisións sobre a Política Agraria Común. Entramos nunha comunidade e nunha política agraria que foron feitas por outros. Ó mesmo tempo, cando puidemos ser membros da UE no ano 1986, no caso concreto de agricultura, da pesca, sufrimos un trato moi duro.

Ó mesmo tempo que España entrou na UE cedendo a súa soberanía sobre as políticas comúns, tamén estaba embarcada no ano 1978 no proceso de descentralización, o que chamámo-lo estado de autonomías, no cal para determinadas normas de actividades as competencias transferíanse ás comunidades autónomas. É o caso da agricultura, onde lle hai que facer unha dobre transferencia das competencias da soberanía nacional á UE, que é quen é competente para tomar decisións na política agraria, coa participación do Estado español. As capacidades que quedan, que son as que a comunidade lle devolve ó estado membro, as de aplicación, control e xestión de políticas, en España están transferidas ás comunidades autónomas.

Cando se creou a Política Agraria Común baseouse en tres principios:

- A unidade de mercado.
- A preferencia comunitaria (que xa non é total, é un vestixio do pasado).
- A solidariedade financeira. A política agraria era común, cedíase esa soberanía a cambio dun financiamento pleno do orzamento comunitario, no que se refire á política de prezos e de mercado.

Para a política de estruturas instaurouse o principio de cofinanciamento.

O Fondo Europeo de Orientación e Garantía Agraria (FEOGA) estaba previsto no artigo 40 do Tratado de Roma, e no regulamento número 25

e forma parte do orzamento xeral da UE. É o responsable do financiamento da Política Agraria Común desde o ano 1964. Ten dúas seccións: Orientación: que en principio financiaba a política de estruturas; e Garantía: que financiaba mercados e rendas.

No momento de creación do FEOGA estaba previsto que dous tercios dos fondos fosen para mercados e un tercio para estruturas. Pero isto nunca foi así. Ata o ano 1988, momento en que se aproba a reforma dos fondos estruturais, a proporción era 97% para mercados e 3% para estruturas. Despois da última reforma, da axenda 2000, determinadas medidas que en principio eran de carácter estrutural son pagadas agora polo FEOGA garantía.

Un sector en que hai tanto diñeiro, require un procedemento de control, que é o de liquidación de contas. Tralo peche do exercicio financeiro do FEOGA certifícanse os gastos. E hai que render contas, discutir coa comisión sobre a legalidade deses gastos, e decidir se estes foron feitos de acordo coa regulamentación, se son asumidos polo orzamento comunitario ou se, polo contrario, non poden ser aceptados e teñen que quedar a cargo do produto nacional. Este procedemento era tradicionalmente moi lento e creaba inseguridade xurídica e financeira. Ó final preferíase que a comisión decidise non asumir determinados gastos e que fosen asumidos polo orzamento nacional, coma se dunha multa se tratase. Fíxose un primeiro intento de reforma no ano 91-92, proponendo unha auditoría logo de que se acabara o ano orzamentario. E no caso de desacordo, iniciar unha fase contenciosa, ó final da cal, se non hai acordo, a comisión é a que adopta a decisión. Así, a comisión instaurou un procedemento de conciliación coa creación dun órgano de conciliación.

O regulamento de financiamento da Política Agraria Común do ano 70, foi modificado no 1995 e no 1999. Nun primeiro momento había limitación dos organismos pagadores. A partir da sentenza do ano 1992, da que foi relator Rodríguez Bereijo, díxose que se as comunidades autónomas se consideraban competentes para a xestión da política agraria, era interpretado polo Tribunal Constitucional que debían selo tamén dos pagamentos. Tomouse a decisión de ampliarlo número de organismos pagadores. En España aprobouse un organismo pagador por comunidade autónoma, cun organismo nacional de coordinación, o FEGA (Fondo Español de Garantía Agraria). O FEGA foi creado polos reais decretos 2205/1995 e 2206/1995, que dalgunha maneira culminaron o proceso de descentralización da xestión da política agraria común. Ó mesmo tempo, púxose en marcha a constitución de dezasete organismos pagadores descentralizados, un por comunidade autónoma, que entraron en funcionamento ó inicio do ano FEOGA 1997.

O FEGA é un organismo de coordinación técnica, e é quen recibe en primeira instancia os fondos do FEOGA e llos distribúe ás comunidades

autónomas, e é o responsable, ó final do exercicio, do peche, da certificación financeira e da negociación coa comisión para ver cál é o resultado da xestión e ver se dá lugar a correccións financeiras. O real decreto de creación do FEGA fala xa de corresponsabilidade das comunidades autónomas.

O principio xeral é que calquera gasto realizado nun estado membro ou nunha comunidade autónoma que non respecte integramente a normativa comunitaria, pode ser rexeitado legalmente ata o 100%. A comisión pode decidir que ese gasto non o asume o orzamento comunitario e entón, quedaría a cargo do orzamento nacional.

¿Cales son as causas destas correccións financeiras?:

1. Ó realizaren controis insuficientes na regulamentación. En case todos os regulamentos de mercado se fixan porcentaxes de control para a agricultura. Se os controis se realizan pero son insuficientes; se non se xustifican documentalmente; unha das causas máis frecuentes é cando a comunidade autónoma encargada do control o fixo pero non o pode demostrar, xa que non ten documentación que o xustifique; se se fixeron e non se seguiron as súas conclusións.

O control é un dos temas fundamentais, xa que a competencia do control das axudas comunitarias correspóndelle ó estado membro. E, no noso caso, no sector agrario, ás comunidades autónomas.

2. Ó non se aplicaren a normativa comunitaria ou a comisión considera que se aplica de maneira deficiente, ou que se utilizan criterios que non responden á regulamentación.

3. Ó superaren os prazos de pagamento.

4. Ó superaren os límites, as cantidades máximas garantidas e as cotas.

5. Ó existiren irregularidades e fraudes. Aquí non só non é asumido o gasto polo FEOGA, senón que pode haber unha responsabilidade financeira que se lle imputa ó estado membro.

6. A falta de remisión de información á comisión.

7. As previsións erróneas, é dicir, se o estado membro pide máis diñeiro do que logo vai utilizar. Isto suponse que pode prexudicalos outros.

Un dos argumentos que se utilizaron nos primeiros anos na negociación coa comisión sobre as correccións financeiras, son os problemas internos. A comisión nunca admite como xustificación que os incumprimentos sexan debidos a problemas de organización administrativa interna, a disputas de competencias.

Despois o relator entrou a falar da responsabilidade do estado membro e as comunidades autónomas. Ata xaneiro de 2000, as correccións financeiras eran asumidas polo estado membro, polo Ministerio de Facenda estatal. Despois este negocia coas comunidades autónomas no marco xeral do financiamento. O Real decreto 2206/1995 que crea os

organismos pagadores recollía no seu artigo 13 que a corresponsabilidade financeira era o principio segundo o cal a comunidade autónoma que intervén na xestión, no control e no pagamento das axudas por conta do FEOGA garantía debería responder financeiramente das súas actuacións, especialmente no procedemento de liquidación de contas na aplicación da disciplina orzamentaria.

Os controis, sobre todo en agricultura, son a causa fundamental de penalizacións, e son de dous tipos: administrativos e sobre o terreo. En canto ós administrativos, a comunidade autónoma ten que facer un control exhaustivo das solicitudes de axuda. Facer controis cruzados, que nalgúns casos pode implicar ten que ir sobre o terreo para ver cal é a realidade. En canto ó control sobre o terreo, é do 5% das solicitudes en condicións normais. É un tanto por cen seleccionado cunha análise de risco e con elementos de representatividade.

Acabou dicindo o relator que o procedemento de liquidación de contas é un procedemento de comunicación, con posibilidade de conciliación e de recurso, no cal o estado membro é o que accede a Bruxelas, aínda que non se exclúe o feito de que vaia acompañado pola comunidade autónoma.

O primeiro relatorio da tarde estivo a cargo de Bernardo Fernández Pérez, profesor de dereito comunitario e director do Centro de Documentación Europea da Universidade de Oviedo, quen falou sobre «as novas perspectivas do procedemento por incumprimento e as sancións do artigo 228 do Tratado da Comunidade Europea: os efectos nos estados descentralizados».

Empezou o relator facendo un breve recordatorio sobre os principios que rexen o recurso por incumprimento. Este recurso atópase regulado nos tres tratados constitutivos, pero concretamente no Tratado da Comunidade Europea, nos artigos 226 a 228. O seu obxectivo é controla-la actividade dos estados membros, é dicir, o deber de suxeitarse ás obrigas derivadas do tratado. ¿Como se tramita o recurso por incumprimento? Ten dúas fases, a primeira que se coñece como precontenciosa ou administrativa e a segunda, contenciosa ou xurisdiccional. A fase precontenciosa ten dúas subfases:

- 1 unha subfase preliminar
- 2 e a fase en que se formaliza administrativamente e coa que termina esta fase precontenciosa.

A fase preliminar é a que abre a comisión de oficio ou a instancia de parte, logo da denuncia ou queixa. Abre o que se chama unha «ficha de infracción». A partir deste momento hai unha serie de trámites informais, preliminares de actuacións ante o estado. Despois xa se abre a fase precontenciosa, a formal mediante un escrito de requirimento ou carta

de emprazamento, dándolle a oportunidade ó estado de presenta-las súas observacións. Se a comisión non se dá por satisfeita, dicta o que se coñece como dictame motivado, outorgándolle ó estado un prazo para que cumpra. Se non o fai, a comisión, transcorrido o prazo concedido, poderá interpoñe-la demanda ante o Tribunal de Xustiza.

A fase contenciosa ábrese coa interposición da demanda. Durante este proceso a carga de proba do incumprimento correspóndelle á comisión. O procedemento acaba cunha sentenza declarativa, xa que o tribunal non ten plena xurisdicción, non pode substituí-la actividade do estado derogando a norma incompatible ou dictando en substitución do estado as medidas que no caso de que non existan comportaran un incumprimento. Da sentenza derívanse dúas obrigas, a de cesar no incumprimento e a de repara-lo dano causado.

Debemos resaltar que xunto a este procedemento ordinario do tratado, hai supostos especiais que derrogan ou modulan o procedemento xeral, basicamente que simplifique a fase precontenciosa. ¿En que materias se dan estas especialidades? Nas axudas públicas ou de estado, onde o recurso directo ó Tribunal de Xustiza faise cunha fase precontenciosa especial, a regulada nos tratados directamente; na aproximación de lexislacións no mercado interior –artigo 95.9 TCE–; nas medidas estatais para a protección do comercio de armas, munición e materiais de guerra en casos de grave alteración da orde pública, ameaza de guerra ou riscos graves para a seguridade interna –artigo 298 TCE–. Todos estes procedementos especiais son excepcións ó procedemento xeral do artigo 226 TCE.

Fíxose despois o relator a seguinte pregunta: ¿con que frecuencia se utiliza este recurso? A comisión empézo a utilizar de maneira reiterada a finais dos anos setenta. A finais de outubro de 2000 o número de expedientes de infracción que mantiña a comisión abertos nas súas diferentes fases (incoación do expediente, carta de emprazamento, dictame motivado, decisión de deposita-la demanda ante o tribunal) era de 3.833. Deles, 1.203 en materia de medio natural; 784 en materia de mercado interior; 450 en materia de saúde e protección dos consumidores; o resto, as outras materias. Do total de expedientes abertos, afectaban a España 421, ocupando o segundo lugar despois de Francia. Destes expedientes abertos só un 16,5%, naquel momento, entran na fase xurisdiccional. Hai unha cantidade grande de desistencias ou de conciliacións que derivan do arquivo da cuestión. Non é un arquivo xurisdiccional, senón no seo da comisión. En relación con España, ata finais do ano 2000, recibiu desde 1986, case mil cartas de emprazamento; uns 300 dictames motivados; fomos obxecto de demanda unhas 66 veces ante o tribunal e ata o 31 de marzo o número de sentencias resoltas contra España, case todas elas condenatorias, foi de 45.

O concepto de incumprimento que utiliza o Tribunal de Xustiza in-

clúe a vulneración ou violación do dereito orixinario, do derivado, de sentencias do Tribunal de Xustiza, dos principios xerais do dereito, dos acordos internacionais celebrados polas comunidades. E este incumprimento comprende tanto accións non conformes coas normas comunitarias coma omisións do deber de facer cando se derive do tratado. Para o ordenamento comunitario o estado é un todo e é o suxeito de imputación do incumprimento, é o único lexitimado pasivo neste recurso.

¿Como se lle fai cumprir ó estado membro a sentenza condenatoria? Este foi o «talón de Aquiles» do recurso por incumprimento. Desde os anos 70 ata os 90 as institucións comunitarias non tiñan medios coercitivos para compele-lo estado a executar sentencias condenatorias. A comisión o que facía era interpoñer outro recurso por incumprimento contra o incumprimento ou inexecución dunha sentenza. Mais as sentencias condenatorias por inexecución de sentencias por incumprimento eran ineficaces. Só recoñecían o carácter reiterativo da infracción. Isto foi o que xustificou a introducción no Tratado de Maastricht dun novo parágrafo do artigo 228 que prevé a posibilidade de que esas sentencias en segunda instancia, a segunda sentenza, produzan condenas non só declarativas, senón a imposición de multas a tanto alzado ou medidas coercitivas. Este artigo está en vigor desde o un de novembro de 1993, pero a comisión non o utilizou ata 1997. ¿Que fixo ata entón? Podemos intuír que se paralizou debido a inconcrecións do propio artigo:

1. ¿Podería aplicarse o artigo 228.2 a unha nova demanda por inexecución de sentenza con solicitude de sancións pecuniarias contra a sentenza dictada con anterioridade á entrada en vigor do Tratado da UE? ¿Ten efectos retroactivos?

2. Era necesario facer transparentes os criterios de aplicación do propio artigo 228 por parte da comisión.

A comisión mediante dúas comunicacións aclarou este tema: a comunicación relativa á aplicación do artigo 171 onde se pronuncia a favor da utilización das demandas con pretensión de multa coercitiva e non de tanto alzado e unha segunda comunicación do ano 1997, sobre o método de cálculo da multa coercitiva.

No ano 1997 presentáronse dúas demandas fronte a Alemaña, e bastou o seu rexistro para que inmediatamente acatara a sentenza. Contra Grecia interpuxéronse tres e contra Francia unha. Destas sentencias, só unha foi resolta polo tribunal, as demais están ou ben desistidas pola comisión ou arquivadas.

España tiña a finais do ano 2000 as seguintes sentencias inexecutadas e en trámite de exame para o artigo 228.2, aínda que só sobre unha acordouse presenta-la demanda:

1. Sentencia sobre libre prestación de servizos para guías turísticas, do 22 de marzo de 1994.

2. Sentencia sobre transferencia dos dereitos de pensión dos funcionarios adscritos ás comunidades, do 17 de xuño de 1997.

3. Sentencia sobre protección radiolóxica ós pacientes sometidos a exames médicos, do 9 de outubro de 1997.

4. Sentencia sobre a mala aplicación de augas de baño. Esta é sobre a que se decidiu presenta-la demanda, e sen embargo, en decembro de 2000 a comisión desistiu, porque España xustificou o seu cumprimento.

5. Sentencia sobre pilas e acumuladores que conteñen substancias perigosas, do 28 de maio de 1998.

6. Sentencia sobre nitratos a partir de fontes agrarias, do 1 de outubro de 1998.

7. Sentencia sobre vertido ó medio acuático de determinadas substancias perigosas, do 25 de novembro de 1998.

Despois o relator analizou polo miúdo a Sentencia do 4 de xullo de 2000, comisión contra Grecia, que terminou cunha imposición dunha multa coercitiva de 20.000 euros/día mentres persista o incumprimento:

1. Da sentencia dedúcese, en relación coa retroactividade ou irretroactividade da aplicación do artigo 228.2, que se pode perseguir polo artigo a inexecución de sentencias incluso anteriores á entrada en vigor do Tratado de Maastricht, sempre que o procedemento precontencioso fora incoado e seguido trala entrada en vigor do tratado o 1 de novembro de 1993.

2. Os criterios para determina-la inexecución da sentencia inicial son os básicos do recurso por incumprimento.

3. A carga da proba segue a estar, coma no recurso por incumprimento, a cargo da comisión.

4. A comisión pode aprobar normas indicativas, directrices que anticipen o seu criterio, pero que tan só serven de referencia para o tribunal, non o vinculan.

5. A sentencia por inexecución dunha previa en recurso por incumprimento, pode ter tres contidos:

a) Outra sentencia declarativa, sen sanción, aínda que a solicitara a comisión.

b) Cunha sanción a tanto alzado.

c) Cunha multa coercitiva, que é a pertinente nos casos de persistencia de inexecución da sentencia.

¿Como se calcula a sanción? O Tribunal estima útiles os criterios utilizados pola comisión.

6. A infracción apréciase desde a data da primeira sentencia, dado que é xurisprudencia reiterada a que di que existe a obriga de executa-la sentencia desde o mesmo momento en que esta se dicta. Co único límite de que se é unha sentencia anterior á entrada en vigor de Maastricht só se poderá demanda-lo estado por incumprimentos de inexecución que se deriven desde o momento da entrada en vigor do tratado.

7. O estado debe comezar a paga-la multa coercitiva desde o pronunciamiento da segunda sentenzaia.

8. ¿Como se asegura o pagamento da sentenzaia por inexecución? ¿Quen garante a execución da segunda sentenzaia? Sobre esta materia analizáronse diferentes perspectivas.

Pensouse que fronte á inexecución dunha sentenzaia por falta de pagamento, cabería invoca-lo artigo 244, que establece que toda sentenzaia do Tribunal de Xustiza é executiva. Mais esta interpretación choca con que por remisión a outro artigo do tratado, a forza executiva dun pronunciamiento xudicial éo para persoas distintas dos estados.

Suxeriuse a posibilidade de suspende-lo financiamento comunitario, pero non existe unha cláusula habilitadora do tratado para facelo con carácter xeral.

Pero o problema central está en ¿como se repercute internamente nos estados descentralizados? ¿Como se repercute a responsabilidade do suxeito único para os efectos do ordenamento comunitario *ad intra* cando o suxeito responsable é unha entidade descentralizada? Hai dous tipos de solucións:

1. Unhas son «*de lege ferenda*»: ante a indiferencia do feito rexional polo ordenamento comunitario, a doutrina propón que habería que descentraliza-la responsabilidade por incumprimento ideando un sistema que permitira demanda-la propia rexión por parte da comisión ante o tribunal, logo da audiencia do estado membro, para determinar cá é a repartición interna de competencias. Agora ben, o relator nunca oíu falar de que as rexións demandaran a lexitimación pasiva no recurso por incumprimento. Si a activa no recurso por anulación ou no de inactividade, pero non no de incumprimento.

2. No dereito interno os mecanismos para repercuti-la responsabilidade das rexións causantes da infracción son, ó seu xuízo, de dous tipos:

a) Uns nacen da cooperación institucional e adóptanse por vía convencional.

b) Outros son mecanismos normativos:

1. Pódese recorrer ó artigo 93 da nosa Constitución, que lles encomenda ás Cortes Xerais do Goberno a garantía do cumprimento dos tratados. Agora ben, hai xurisprudencia do Tribunal Constitucional que interpreta que o artigo 93 non é unha cláusula atributiva de competencias, senón que permite identificar quen ten o monopolio competencial na orde a garantía do cumprimento do estado. Non identifica quen é o responsable de cesar co incumprimento e de repara-lo dano causado.

2. A cláusula de supletoriedade do artigo 149.3 da Constitución, que si é aplicable para garanti-lo cumprimento do dereito comunitario.

3. O control da legalidade dos actos das comunidades autónomas.

4. A harmonización lexislativa.

5. A cláusula de cumprimento forzoso do artigo 155 da Constitución. Aínda que nunca se levou á práctica.

6. Normas de carácter positivo que repercuten na responsabilidade en caso de incumprimento cando a xestión se lles atribúe ás comunidades autónomas.

7. A lei orgánica de estabilidade orzamentaria.

É unha situación que se pode sintetizar coa Sentencia do Tribunal Constitucional 148/1998, que reiteraba a seguinte doutrina: o responsable *ad extra* é o estado, pero *ad intra* é a Administración pública autonómica competente de acordo coa repartición interna. E sobre todo viña predicar que «lle corresponde ó estado establece-los sistemas de coordinación e cooperación que permitan evita-las irregularidades ou establece-los sistemas de compensación interadministrativa da responsabilidade financeira que o propio estado puidera xerar».

O derradeiro relatorio desta singular xornada estivo a cargo do catedrático de dereito internacional público e director do Instituto de Estudos Europeos da Coruña, José Manuel Sobrino Heredia, quen nos falou sobre «O dereito de defensa para as rexións: a necesidade da súa participación nos procedementos ante o Tribunal das Comunidades Europeas. A fase administrativa».

Previamente fixo unhas reflexións en torno ó sistema xudicial europeo desde a perspectiva dos entes subestatais e adiantou unha conclusión: as comunidades autónomas, e en concreto a de Galicia, non teñen un camiño fácil para defende-los seus intereses de forma independente ante os tribunais comunitarios.

Como todos sabemos, o artigo 220 do tratado establece que lle corresponde ó Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas garanti-lo respecto na aplicación e interpretación do ordenamento xurídico comunitario. Función que comparte desde o ano 1989 co Tribunal de Primeira Instancia. Conforman o sistema xurisdiccional comunitario ademais destes dous tribunais, os órganos xurisdiccionais dos diferentes estados membros.

Na función de garanti-lo respecto na aplicación e interpretación do ordenamento xurídico comunitario, o Tribunal de Xustiza desenvolve dúas misións:

1. A de garanti-la repartición de competencias entre as institucións comunitarias e os estados membros e entre as institucións comunitarias entre si. Aquí xa hai un lugar, polo que respecta ó marco do estado membro, onde teñen algo que dici-los entes subestatais.

2. A de asegurar que o dereito comunitario é aplicado de forma uniforme e coherente entre os 15 estados membros, pero tamén nas 160 rexións que conforman a UE.

Correspóndelle ó Tribunal de Xustiza:

- Controla-lo cumprimento do dereito comunitario polos estados membros a través do recurso por incumprimento –artigos 226 a 228 tratado–. A través deste recurso as autoridades xurisdiccionais comunitarias constatan as infraccións dos estados membros. Algunhas destas infraccións son consecuencia da inactividade das comunidades autónomas ou dun mal cumprimento por parte delas.

- Controla-la legalidade da actuación ou da non acción das institucións comunitarias no marco dos recursos de anulación, de inacción e no marco da chamada excepción de ilegalidade. Aquí tamén os entes subestatais poden ter unha participación directa ou indirecta.

- Constata-la responsabilidade extracontractual das comunidades europeas a través da acción de indemnización –artigo 235–. Eventualmente tamén estaríamos ante un suposto accesible ós entes subestatais.

No procedemento prexudicial os entes subestatais si teñen unha intervención ampla. Tamén no recurso de casación.

Finalmente, no control da legalidade dos tratados internacionais non se prevé a participación dos entes subestatais, ó menos de forma directa, aínda que si cabe a posibilidade de que interveñan de forma indirecta. Este mecanismo é o dictame consultivo –artigo 300–.

O Tratado de Niza, de modificación do Tratado da UE, que revisa en profundidade a organización, o funcionamento e as competencias do Tribunal de Xustiza e do Tribunal de Primeira Instancia, non toca de forma directa nin indirecta a situación dos entes subestatais.

O Tribunal de Xustiza é competente para coñecer-los litixios en que poden ser parte os estados membros, as institucións e as persoas físicas e xurídicas. Desta relación non se extrae a presenza, ó menos expresa, das comunidades autónomas. Ante esta situación preséntase un interrogante: ¿onde poñemo-los entes subestatais, dentro de que categoría de suxeitos lexitimados? Obviamente non son institucións. Tampouco persoas físicas. Quédannos dúas categorías: a de persoa e a de estado. Se vémo-la xurisprudencia localizámo-las comunidades autónomas dentro da categoría de persoas. Pero ¿que tipo de persoa? Persoas físicas xa dixemos que non. En canto ás persoas xurídicas ¿que se lles esixe se queren actuar como tales? Esíxeselles que presenten os seus estatutos ou un certificado expedido polo Rexistro Mercantil, polo Rexistro de Asociación, ou calquera outro medio de proba da súa existencia xurídica. Ademais, pídeselles que acheguen a proba de que o poder do avogado foi outorgado por persoa capacitada.

Así, en canto á condición de persoa xurídica non houbo problemas na xurisprudencia comunitaria, e recoñecéuselle esta condición á xeneralidade dos entes subestatais que presentaron a súa demanda para intervir nos procedementos ante o Tribunal de Primeira Instancia e o Tri-

bunal de Xustiza. Só houbo unha excepción: nun asunto do Goberno de Xibraltar. O Consello de Ministros da UE, España e o Reino Unido actuaron como partes coadxuvantes en apoio das alegacións e pretensións do Consello de Ministros e sostiveron que Xibraltar non tiña personalidade xurídica, non era unha persoa xurídica para os efectos comunitarios. O Tribunal de Xustiza seguiu esta argumentación e non admitiu a intervención de Xibraltar no procedemento.

O que si fixo o Tribunal en varias ocasións foi rexeita-la condición de estado membro das comunidades autónomas ou das rexións que quixeron intervir con estas condicións.

Pasou logo o relator a falar do Comité das Rexións, que é o representante dentro do esquema institucional da UE dos intereses locais e rexionais europeos. Como os entes subestatais non teñen un acceso fácil ó pretorio comunitario, haberá que ver se o Comité das Rexións si o ten, e así cubriría esta lagoa. O artigo 7 do Tratado da Comunidade Europea menciona cáles son as institucións comunitarias, e entre elas, recolle o Comité das Rexións, ó que lle confire a condición de órgano. Mais nas disposicións do tratado onde se recollen os recursos e accións do Tribunal de Xustiza e do Tribunal de Primeira Instancia só están lexitimadas con carácter privilexiado as institucións, non os órganos. O Comité das Rexións ten que demostrar, coma calquera persoa xurídica, que o acto da institución xurídica que quere que sexa obxecto de recurso afecta directa e individualmente. Cousa difícil.

Por iso, cada vez que houbo unha conferencia intergubernamental, saíu do comité un texto que reivindicaba unha mellora procesual deste no marco comunitario europeo. Na Conferencia Intergubernamental de 1996 pedían a revisión do artigo 173 e ademais xa se ofrecía unha redacción alternativa, «tamén o Comité das Rexións estaba lexitimado con carácter privilexiado para defende-las súas prerrogativas». Cando se elaborou o Tratado de Niza, o comité tamén elaborou un texto onde pedía que se tivesen en conta as prerrogativas que teñen os entes subestatais no marco europeo. Mais o Tratado de Niza non tivo en conta a presenza do comité no procedemento comunitario e, polo tanto, debe seguir demostrando que o acto xurídico o afecta directa e individualmente.

Despois referiuse ás diferentes vías de defensa xudicial que se lles abre ós entes subestatais, ben a través do estado ou de maneira independente. Tamén poden, desde unha perspectiva procesual, ser realizada de maneira directa ou indirecta. E, finalmente poden actuar en determinados procedementos ben como partes principais no litixio ou como partes coadxuvantes.

Á UE élle indiferente a forma en que o estado internamente organiza a presenza dos entes subestatais para presenta-la súa defensa ante o Tribunal de Xustiza. En España esta organización estruturouse sobre a

base de tres acordos adoptados no marco da conferencia para asuntos relacionados coa Comunidade Europea:

1. Acordo de 1990, sobre a participación na fase precontenciosa e xudicial. Refírese á participación nos recursos por incumprimento e nas cuestións prexudiciais de validez.

2. Acordo de 1990, sobre axudas públicas.

3. Acordo de 1997, sobre a participación nos procedementos ante o Tribunal de Xustiza das comunidades europeas.


¿Que fan estes acordos?

■ Articulan a participación das comunidades autónomas nos procedementos de aplicación do dereito comunitario.

■ Permiten que participen tanto cando España é parte demandada nun procedemento coma cando é demandante.

■ Permiten que unha comunidade autónoma inste o goberno central para que presente determinados recursos e posibilita que asemade o goberno central inste a comunidade autónoma para que lle subministre determinada información para poder presentar debidamente a súa defensa ante as institucións comunitarias.

Acabou o relator facendo a seguinte reflexión: que pouco a pouco e sobre todo no terreo das axudas do estado, a presenza das comunidades autónomas vaise ver cada vez máis usual no pretorio comunitario.

A clausura destas xornadas correspondeulle a Gracia Vara, que lles agradeceu á EGAP, á Secretaría Xeral de Relacións coa UE e Acción Exterior e á Fundación Galicia-Europa por organizar e permiti-la colaboración do Centro Europeo de Rexións nestas xornadas. Tamén lles agradeceu a tódolos relatores que participaron, e a presenza do público asistente. Intentou lanzar unha mensaxe de optimismo. Fixo referencia á gran responsabilidade que teñen as rexións na aplicación do dereito comunitario e as enormes sancións que nos poden caer, e aínda que cara ó exterior o responsable é o estado, vai haber un dereito de repetición contra as comunidades autónomas. E, ante tanta responsabilidade, quizais isto nos dea armas para reivindicar un maior dereito de participación. Se participamos máis na toma de decisións comunitarias, faremos esas decisións máis nosas, máis facilmente aplicables e, polo tanto, verémonos en mellores condicións de cumprir, con menos cargas de responsabilidade que defender ante o pretorio comunitario. 

XORNADAS SOBRE ASPECTOS XURÍDICO-ECONÓMICOS DAS FUNDACIÓNS

(Escola Oficial de Idiomas da Coruña, 18 e 19 de xuño de 2001)

Alfredo Romero Gallardo

Bolseiro

O salón de actos da Escola Oficial de Idiomas da Coruña foi o escenario elixido pola Escola Galega de Administración Pública (EGAP) para levar a cabo, durante os días 18 e 19 de xuño de 2001, unhas interesantes «Xornadas sobre aspectos xurídico-económicos das fundacións».

Ó longo destas, destacados expertos en dereito do noso país e do estranxeiro analizaron diversas cuestións relacionadas coa dimensión xurídico-económica das fundacións. A dotación fundacional, o réxime do patrimonio, o mecenado e o réxime tributario, o exercicio de actividades económicas, o Protectorado e as súas funcións de fomento e control sobre a economía da fundación, a reversión do patrimonio fundacional á familia do fundador, as fundacións bancarias italianas e o réxime da dotación no dereito italiano foron os principais temas de estudo abordados nas súas sesións.

1. No acto inaugural, que tivo lugar na mañá do día 18 de xuño, D. Domingo Bello Janeiro, catedrático de dereito civil da Universidade da Coruña e director da EGAP, deulle a benvinda ó numeroso público asis-

tente e comentou de forma moi sucinta o contido das xornadas, facendo especial fincapé na crecente importancia das fundacións dentro do panorama económico español e na necesidade de compara-lo tratamento xurídico que reciben nas lexislacións estatal e autonómicas, co fin de busca-las mellores solucións para os problemas prácticos que suscitan ou que vaian suscitar no novo século XXI.

A continuación, interveu brevemente D. Agustín Luna Serrano, catedrático de dereito civil da Universidade de Barcelona e director das xornadas, para mostrarlle a súa enorme satisfacción por estar en Galicia e o seu agradecemento á EGAP pola súa boa disposición para organiza-lo seminario.

Despois tomou a palabra D. Rubén Miguel Citara, presidente da Fundación Bonaerense de Ciencias da Administración e catedrático de dereito administrativo da Universidade de Bos Aires, quen lle agradeceu á EGAP a súa invitación ás xornadas. Ademais, realizou unhas sinxelas reflexións acerca da crise actual do fenómeno asociativo e a súa incidencia sobre a actividade fundacional, e destacou a esixencia de establecer mecanismos de control non só sobre as finanzas das fundacións, senón tamén sobre o cumprimento dos seus fins, co obxecto de que estas entidades sexan certamente «a expresión idealista e xenerosa do espírito».

2 O primeiro relatorio titulouse «A dotación da fundación» e correu a cargo de D^a. María Dolores Gramunt Fombuena, profesora titular de dereito civil da Universidade de Barcelona, moderado por D. Rubén Miguel Citara.

Ó inicio da súa exposición, a relatora deu unha lixeira pincelada acerca do proceso histórico de regulación xurídica das fundacións en España. Este proceso desenvolveuse ó longo do século XIX, e acadou o seu punto culminante co recoñecemento da fundación como persoa xurídica por parte do artigo 35 do aínda vixente Código civil de 1889.

Posteriormente produciuse outro feito importante neste proceso: a nosa Constitución de 1978 proclama, no seu artigo 34.1, «o dereito de fundación para fins de interese xeral, de acordo coa lei». Como pode observarse, o texto constitucional establece neste precepto un dereito que non ten carácter absoluto, pois está limitado por dous parámetros básicos: servir a fins de interese xeral e someterse á legalidade vixente.

A «constitucionalización» do dereito de fundación trouxo consigo a garantía da súa tutela xurídica, dado que as fundacións nadas ó seu abeiro son necesariamente obxecto de protección legal, tanto no ámbito estatal, coma no autonómico.

No ámbito estatal, a culminación deste proceso regulador non se produciu ata datas relativamente próximas: en concreto, ata a entrada en vigor da Lei 30/1994, do 24 de novembro, de fundacións e de incenti-

vos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral. Esta lei define as fundacións como «organizacións constituídas sen ánimo de lucro que, por vontade dos seus creadores, afectaron de modo duradeiro o seu patrimonio á realización de fins de interese xeral» (artigo 1.1), considerando ademais que tales fins fundacionais deben «beneficiar a colectividade xenéricas de persoas» (artigo 2.2).

Non sucedeu o mesmo, sen embargo, no ámbito autonómico, debido a que algunhas comunidades autónomas (Cataluña, Galicia, as Illas Canarias e o País Vasco) xa contaban, con anterioridade á promulgación da lei estatal, coa súa propia regulación en materia de fundacións.

A profesora Gramunt centrou a súa intervención no estudo da dotación na referida Lei 30/1994, revisando en primeiro lugar o réxime de constitución das fundacións a través do xurdimento do negocio xurídico fundacional. Este require a concorrencia de dous elementos esenciais: a vontade do fundador e, o que máis interesa agora, a existencia dun acto de disposición de bens e dereitos de calquera clase que se lle achegan á entidade nacente, isto é, a previsión da dotación fundacional.

Este último elemento supón a creación dun patrimonio independente e autónomo, que se converterá no patrimonio orixinal da fundación. De acordo co artigo 10.1 da lei, a dotación «ha ser axeitada e suficiente para o cumprimento dos fins fundacionais», correspondéndolle ó Protectorado a tarefa de verificar se se dan ámbalas condicións na dotación realizada (*vid.* tamén o artigo 36. 2 da Lei): en caso de que esta non supere os niveis de adecuación e de suficiencia requiridos, o Protectorado poderá impedi-lo nacemento xurídico da fundación.

Así mesmo, para formar este patrimonio orixinario é preciso facer unha achega efectiva de bens, que se poderá levar a cabo «de forma sucesiva, e neste caso o desembolso inicial será, polo menos do 25 por 100, debendo facerse efectivo o resto nun prazo non superior a cinco anos contados desde o outorgamento da escritura pública de constitución da fundación», *ex* artigo 10.2 da lei.

En canto ó contido da dotación, o antedito artigo 10.1 limitáase a indicar de maneira xenérica que estará integrada por «bens e dereitos de calquera clase», sen especificar se deberán ser susceptibles de valoración económica ou se poderán someterse a gravames ou cargas. Non obstante, noutros lugares a lei precisa qué tipo de bens poden compoñe-lo conxunto dotacional: achegas diñeirais e non diñeirais (artigo 10.3); o compromiso de achegas de terceiros, sempre que estean garantidas (artigo 10.4); bens inmoebles, establecementos mercantís ou industriais, valores mobiliarios que representen participacións significativas nos anteriores, así como obxectos de extraordinario valor (artigo 19.2); e participacións en sociedades mercantís (artigo 22.2).

Distintas da dotación son as achegas posteriores do propio fundador

ou de terceiras persoas, que quedarán sometidas ó réxime xurídico dos bens dotacionais, pese a non formar parte do patrimonio da fundación.

O réxime xurídico da dotación foi outro aspecto en que a profesora Gramunt puxo especial atención. Este réxime é máis severo có do resto do patrimonio fundacional, por se-lo patrimonio que permite alcanzar os fins marcados polo fundador. Neste sentido, a dotación configúrase como un patrimonio inmovilizado de carácter permanente que, emporoso, pode ser obxecto de alleacións e de gravames de maneira excepcional. Precisamente para allear e gravar bens, dotacións ou asimilados, compételle ó Padroado da fundación solicitarlle previamente unha autorización *ad hoc* ó Protectorado, non sendo preceptiva no caso de disposición de doazóns ou de subvencións conforme os fins establecidos polo doador ou pola norma en virtude da que se outorgou a subvención (artigo 19.1 da lei).

Os últimos momentos da súa exposición foron dedicados á extinción da fundación e ó destino final dos seus bens. Cando unha fundación é declarada extinguida por algunha das causas legalmente taxadas (artigo 29), o seu patrimonio pasa a se integrar nun proceso de liquidación do que resulta unha masa indiferenciada de bens que reciben o mesmo tratamento xurídico.

Segundo o primeiro inciso do artigo 31.2 da lei, estes bens «seranlles destinados ás fundacións ou ás entidades non lucrativas privadas que persigan fins de interese xeral e que teñan afectados os seus bens, incluso para o suposto de disolución, á consecución daqueles, e que foran designados no negocio fundacional ou no Estatuto da fundación extinguida». O segundo inciso engade que «no seu defecto este destino poderá ser decidido, en favor das mesmas fundacións e entidades mencionadas polo Padroado, cando teña recoñecida esa facultade polo fundador, e, a falta desa facultade, corresponderalle ó Protectorado cumprir ese cometido».

Non obstante, o artigo 31.3 admite a posibilidade de que as fundacións prevegan, nos seus estatutos ou cláusulas fundacionais, «que os bens e dereitos resultantes da liquidación sexan destinados a entidades públicas, de natureza fundacional, que persigan fins de interese xeral».

Como concluíu a relatora, nas normas transcritas prima a idea de destinar estes bens e dereitos á satisfacción de fins de interese xeral, tendo prioridade aqueles ós que a fundación viña dedicándose.

3. D. Carlos Vattier Fuenzalida, catedrático de dereito civil da Universidade de Burgos, foi o encargado de pronuncia-lo segundo e último relatorio daquela primeira sesión matinal, que se titulou «O réxime do patrimonio fundacional». Actuou como moderador deste D. Javier Suárez García, avogado do Estado e director xeral xefe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia.

Para facilita-lo seguimento da súa disertación, o relator dividiuna en cinco puntos. No primeiro deles expuxo algúns aspectos característicos do patrimonio fundacional. Entre outros mencionou: o seu carácter esencial para a fundación, no sentido de que constitúe o seu «substrato económico e material», sen o que esta non podería subsistir; o seu carácter finalista, polo que este patrimonio está destinado, adscrito ou afectado polo fundador ó cumprimento dos fins fundacionais; e o carácter irreversible do destino ó que se supeditan os bens patrimoniais da fundación, nota que se asocia claramente coa anterior e que pon de manifesto a imposibilidade de que a vontade do fundador ordene que, unha vez extinguida a fundación, o remanente patrimonial volva a el ou pase ós seus herdeiros ou ás persoas que designe.

Tamén se referiu ó réxime xurídico especial do patrimonio, que supón unha especie de barómetro para medi-lo grao de autonomía patrimonial da fundación, así como o seu nivel de dependencia respecto da Administración, e que comprende dous aspectos fundamentais: a composición do patrimonio, é dicir, os bens, dereitos e obrigas que o forman; e a súa xestión, en particular os medios de control das principais variacións patrimoniais que experimente ó longo da vida da fundación.

No segundo punto da súa exposición, o profesor Vattier falou do complicado panorama lexislativo que se presenta nesta materia trala Constitución de 1978, en que coexisten normas estatais (coma a antedita Lei 30/1994 e o seu desenvolvemento regulamentario, o Real decreto 316/1996, do 23 de febreiro, sobre fundacións de competencia estatal), con diversas leis autonómicas.

A variedade de normas de ámbito autonómico foi clasificada por el en tres grupos. En primeiro lugar, o das leis que esixen a autorización previa do Protectorado só para un número reducido de actos de alleación de bens patrimoniais, pero que obrigan o reinvestimento do prezo obtido sobre o patrimonio da fundación. Tal é o caso das leis catalanas 1/1982, do 3 de marzo, e a máis recente 5/2001, do 2 de maio, así como da Lei galega 7/1983, do 22 de xuño (reformada pola Lei 11/1991, do 8 de novembro). Esta última require a autorización previa unicamente se os bens alleados son inmobles vinculados ó cumprimento directo dos fins fundacionais, mentres que o resto dos bens dotacionais pódense allear libremente, coa obrigación de reinvesti-lo seu prezo en bens da mesma natureza.

O segundo grupo de leis autonómicas sobre fundacións está formado por todas aquelas que esixen só unha comunicación posterior do Padroado ó Protectorado e que fan alusión á responsabilidade civil dos patróns polo seu incumprimento. Aquí encóntranse a Lei vasca 12/1994, do 17 de xuño, a Lei madrileña 1/1998, do 2 de marzo, e a Lei canaria 2/1998, do 6 de abril.

O terceiro e último grupo está integrado por unha soa norma, a Lei valenciana 8/1998, do 9 de decembro, que é a máis restrictiva de todas, pois require a autorización do Protectorado para os actos de disposición de bens, pero tamén para os de administración (incluídos os de arrendamento), para os relativos ás liberalidades, así como para os contratos asinados polos patróns, polos seus parentes (ata determinados graos de consanguinidade e de afinidade) ou polas sociedades por eles participadas coa fundación.

Para Vattier, este complexo e heteroxéneo panorama legislativo mostra que non hai en España unha única forma de articula-la regulación do patrimonio fundacional e que tódalas modalidades existentes son compatibles co marco constitucional vixente. Ademais, no concernente á xestión do patrimonio, cabe distinguir dous grandes modelos: un, que incide no control externo do Protectorado, e outro, que o fai sobre o autocontrol exercido polo Padroado da fundación.

O primeiro modelo descansa sobre a intervención do Protectorado, que pode ser preventiva, cando esixe autorización previa (*técnica de control forte*), ou ben posterior, nos supostos en que basta a comunicación antes ou despois da realización do acto de disposición (*técnica de control débil*). Este modelo localízase na Lei estatal de 1994, onde conviven ámbalas técnicas de control ou intervención administrativa, e en maior ou menor medida en tódalas leis autonómicas, con excepción da Navarra.

O segundo modelo fundaméntase en técnicas propias do dereito privado, e consiste esencialmente na obrigaón imposta ó Padroado de reinvesti-lo prezo dos bens alleados, ó tempo que subliña a posible responsabilidade civil dos patróns. Este modelo, aínda que non se encontra en estado puro en ningunha lei, rexe en Cataluña, Galicia e Navarra respecto dos bens dotacionais.

O terceiro punto do relatorio ocupouse da composición do patrimonio. Tódolos bens da fundación pertencen a un só patrimonio, o da propia fundación, e teñen o mesmo destino, o cumprimento dos fins fundacionais. Non hai bens inalienables, xa que todos se poden allear conforme os requisitos legalmente establecidos en cada caso, a pesar de que certos bens (os dotacionais, os asimilados a eles e os seus incrementos) conservan a súa individualidade desde o punto de vista contable dentro do conxunto patrimonial, mentres non sexan obxecto de alleación.

Despois de aludir á existencia de certas especialidades en materia de usufructo e de arrendamento de terreos urbanos e rústicos, o relator analizou a problemática do embargo de bens fundacionais. Sobre este aspecto, a doutrina está dividida, posto que a Lei 30/1994 non derogou explicitamente antigos privilexios procesuais das fundacións, como a virtual inembargabilidade dos bens das fundacións benéficas e o procedemento especial de constrinximento contra as fundacións culturais.

Así, para un sector doutrinal tales privilexios non se entenderán derogados pola lei estatal; para outro, en cambio, si se produciu unha derogación tácita deles. Vattier subscribiu esta última postura, que concorda coa doutrina do Tribunal Constitucional na súa Sentencia 113/1989, do 22 de xuño, pola que estimou a inconstitucionalidade das declaracións legais que impiden o embargo de forma xenérica e incondicional, as cales, en canto que protexen a existencia e a dignidade humanas, non lles resultan facilmente trasladables ás persoas xurídicas. Esta tese parece corroborarse pola Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuizamento civil, cunha disposición derogatoria única que suprimiu tódalas normas opostas ou incompatibles con ela.

Do cuarto punto do seu relatorio, relativo ó réxime dos actos de disposición e á adquisición de liberalidades, simplemente fixo unha remisión a todo o indicado ó respecto anteriormente, polo que foi dado por exposto.

No último punto abordou as liñas básicas do novo anteproxecto de reforma da Lei estatal de fundacións, de 2001. Dun lado, este borrador prelexislativo reduce os actos sometidos a autorización previa ós relacionados coa alleación de bens dotacionais e de bens vinculados directamente ó cumprimento dos fins das fundacións, esixindo para a alleación, tanto onerosa coma gratuíta, unha xusta causa debidamente acreditada. Por outra parte, somete á necesaria comunicación os actos de disposición de bens inmobles, establecementos mercantís e industriais, bens de interese cultural, así como aqueles cun importe que sexa superior á quinta parte do activo anual da fundación. Outra novidade introducida polo referido anteproxecto é a lexitimación do Protectorado para esixir-lle responsabilidade civil dos patróns e para rescindi-los actos do Padroado que prexudiquen ou lesionen os intereses fundacionais.

En definitiva, Vattier destacou a escaseza de novidades do anteproxecto e terminou mostrando a súa predilección por un modelo de autocontrol por parte do Padroado da fundación sobre os actos de disposición de bens patrimoniais, coa obrigaón de reinvesti-lo prezo obtido por eles e sen prexuízo do exercicio de accións de responsabilidade contra os patróns.

4. A sesión vespertina iniciouse cun relatorio sobre «O réxime fiscal das fundacións e do mecenado», a cargo de D^a. Consuelo Castro Rey, avogada do Estado e xefa da Asesoría Xurídica da Axencia Tributaria na Coruña, que foi presentada por D. Luciano Fariña Busto, conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia.

Ó inicio da súa intervención, a relatora efectuou unha serie de consideracións acerca do concepto de fundación e o seu réxime xurídico. Neste contexto, resaltou a idea de que as fundacións reciben un trata-

mento fiscal favorable ou privilexiado, na medida en que se orientan á consecución de fins de interese xeral. Tamén se referiu á normativa tributaria aplicable, integrada polo título II da Lei 30/1994, polo Real decreto 765/1995, do 5 de maio, sobre determinadas cuestións do réxime de incentivos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral, así como polas diferentes leis reguladoras dos distintos impostos.

Seguidamente centrou a súa explicación no vantaxoso réxime tributario que posúen as fundacións nunha serie de impostos: o Imposto de sociedades, o Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, o Imposto sobre o valor engadido e varios tributos de ámbito local. Como premisa xeral, sinalou que en tales impostos as fundacións gozan dun conxunto de beneficios fiscais que se xustifican polo interese do Estado en fomentar e protexe-la contribución dos cidadáns ó logro de finalidades de interese xeral.

Así, no Imposto de sociedades existen dous réximes distintos de tributación para as fundacións: un, o de máis privilexio fiscal, que é regulado pola Lei 30/1994 e está reservado a aquelas fundacións que cumpran determinados requisitos; e outro, o menos favorable en termos fiscais, que está previsto nos artigos 133 a 135 da Lei do Imposto de sociedades e é aplicable ás fundacións que non reúnan os requisitos esixidos para acceder ó réxime de máis privilexio.

Respecto do réxime considerado na Lei estatal de fundacións, Castro Rey explicou de forma breve os seus aspectos máis singulares: o seu ámbito subxectivo de aplicación, as condicións necesarias para gozar este réxime, os requisitos formais para a súa aplicación, o contido, a eficacia e a perda dos seus beneficios fiscais, etc. Respecto do réxime establecido na Lei do imposto de sociedades, a relatora limitouse a resalta-las súas diferenzas co anterior en canto á base impositiva, ó tipo impositivo e á cota.

Por outro lado, no Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados gozarán dunha exención subxectiva «os establecementos ou fundacións benéficos ou culturais, de previsión social, docentes ou de fins científicos, de carácter particular, debidamente clasificados, sempre que os cargos de patróns e representantes legais destes sexan gratuítos e lle rendan contas á Administración», *ex* artigo 45.1.A.b) do Real decreto lexislativo 1/1993, que aproba o texto refundido deste imposto. Acerca deste precepto, a relatora criticou a súa falta de congruencia coa lexislación actual de fundacións, tanto no que respecta ós fins que poden perseguir, coma no concernente ó requisito da clasificación (este último, desaparecido hoxe do noso ordenamento xurídico). Polo demais, a exención citada é de carácter rogado, o que significa que ha ser recoñecida pola Administración.

En canto ó Imposto sobre o valor engadido, a súa Lei 37/1992 non prevé ningunha exención subxectiva para as fundacións, senón determi-

nadas exencións por razón da natureza do feito imponible (é dicir, do tipo de entregas de bens ou de prestacións de servicios), se ben nalgúns casos trátase de exencións de carácter mixto, en que tamén se toma en consideración a natureza do suxeito que realiza a entrega ou prestación. Ademais, aínda que algunhas destas exencións son rogadas, outras son automáticas.

No que atinxe ós tributos de ámbito local, as fundacións que sexan titulares de bens inmoebles poderán quedar exentas do imposto que grava tales bens cando cumpran os requisitos previstos nos artigos 42 e 43 da Lei estatal de fundacións, sempre que estes bens non se lles cederan a terceiros mediante contraprestación, estean vinculados ás actividades constitutivas do fin fundacional e non se utilicen principalmente para o desenvolvemento de explotacións económicas que non constituán o fin específico da fundación.

Igualmente, as fundacións que cumpran os mesmos requisitos estarán exentas do Imposto de actividades económicas polas actividades relacionadas coas súas concretas finalidades.

Por último, o artigo 106.2.c) da Lei de facendas locais establece unha exención do Imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana para aqueles incrementos de valor que constituán o feito imponible, sempre e cando a obriga tributaria recaia sobre «as institucións que teñan a cualificación de benéficas ou benéfico-docentes».

Na última parte do seu relatorio, Castro Rey examinou o réxime fiscal do mecenado, que comprende todas aquelas modalidades de contribución privada a fins de interese xeral en que non é esixible a permanencia ou continuidade na persecución de tales fins. Baixo esta concepción do mecenado teñen cabida as achegas ás fundacións, os convenios de colaboración con elas e a realización directa de actividades de interese xeral, ás que lles dedicou as súas palabras finais.

Estas formas de contribución ó logro de fins de interese xeral repórta-lles beneficios fiscais ós que as levan a cabo. Así, por exemplo, son dous os beneficios dos que poden gozar os que lles fagan achegas a entes fundacionais: a dedución dunha porcentaxe do valor da achega e a non suxeición do incremento patrimonial que se poña de manifesto con esta achega. Respecto ós convenios de colaboración, as cantidades satisfeitas ás fundacións son deducibles na base imponible da imposición persoal do colaborador, con independencia de que se trate dunha persoa física ou xurídica. En canto á realización directa de actividades de interese xeral, o beneficio consistirá na dedución das cantidades empregadas, que se practicará sobre a base imponible do Imposto de sociedades ou do Imposto sobre a renda das persoas físicas, segundo o caso.

5. «O exercicio de actividades económicas por parte da fundación» foi o título do segundo relatorio da tarde, pronunciado por D^a. Inmacu-

lada Barral Viñals, profesora titular de dereito civil da Universidade de Barcelona, e moderado por D. Antonio Grandío Dopico, decano-presidente do Ilmo. Colexio de Economistas da Coruña e catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña.

As súas primeiras palabras foron para poñer de relevo a moderna evolución do concepto de fundación no noso dereito que se produciu a través do artigo 1.1 da Lei estatal de fundacións, anteriormente transcrito. Conforme este, a figura da fundación asimilase non a un patrimonio destinado a fins de interese xeral (fundación-patrimonio), senón a unha organización non lucrativa, en que o elemento patrimonial está afectado de modo duradeiro ós referidos fins (fundación-organización).

A concepción do patrimonio estático como criterio definidor da fundación foi superada pola Lei 30/1994, que concibe a institución fundacional coma unha figura xurídica «liberada» das cautelas sobre a vinculación de bens que presidiran a codificación e a lexislación sobre fundacións ata mediados do século XX.

Este cambio de orientación trouxo unha nova consecuencia: a finalidade de interese xeral vincúlase agora non tanto á noción de patrimonio, canto á idea de actividade esencialmente rendible. De aí que no concepto actual de fundación se lles dea cobertura a diferentes formas de estrutura-la obtención de recursos para investir na consecución dos fins fundacionais.

Desde esta dimensión «organizativa» da fundación poténciase a necesidade de que as fundacións desenvolvan actividades de carácter económico para aumenta-la súa produtividade; necesidade á que responde a Lei estatal de 1994 ó configurar dúas grandes vías para tomar parte nestas actividades: a vía indirecta, a través da que a fundación participa en sociedades mercantís; e a vía directa, pola que a fundación se converte en titular dunha empresa.

A participación en sociedades mercantís aparece recollida no artigo 22 da lei. Conforme o seu apartado 1, «as fundacións non poderán ter ningunha participación en sociedades mercantís en que deban responder persoalmente das débedas sociais», o que reflicte un claro límite a esta primeira vía: só cabe a participación en sociedades non personalistas, isto é, de corte capitalista, a cal poderá chegar a ser maioritaria, como admite o seu apartado 3. Por isto, cando formen parte da dotación participacións maioritarias en sociedades personalistas, a fundación deberá promove-la transformación destas en sociedades onde a responsabilidade por débedas sociais estea limitada, segundo ordena o apartado 2.

Maiores problemas ofrece a vía directa, en virtude da cal a fundación se converte en axente económico de bens e servicios a través da actividade empresarial. Tres preceptos da lei avalan esta opción: o artigo 10.1, cando sinala que a dotación «poderá consistir en bens e dereitos de cal-

quera clase»; o artigo 19.2, que prevé o procedemento de alleación de establecementos mercantís ou industriais; e o artigo 24, que habilita as fundacións para obter ingresos polas súas actividades.

Para a profesora Barral, este trío de preceptos evidencia que as fundacións poden ser titulares directas de empresas, o que non significa que se convertan en empresarios, pois non adoptan ningunha forma societaria de empresa (manteñen a súa propia de fundación) e porque resultaría difícil aplicárille-lo estatuto do empresario individual, que comportaría un réxime de responsabilidade excesivamente rixido para elas. Pero a idea de que as fundacións non son en realidade empresarios estriba fundamentalmente na contraposición entre a finalidade de interese xeral, elemento consubstancial á fundación, e o afán de lucro, que preside as formas societarias de carácter mercantil.

Ó fio deste tema, a relatora reflexionou sobre a finalidade de interese xeral como trazo básico da organización fundacional. O fin de toda fundación non consiste na consecución de intereses particulares (é dicir, en obter e repartir ganancias ou beneficios), senón no logro de fins que sexan sempre de interese xeral, o que non lle impide a esta realizar actividades economicamente rendibles, isto é, que xeren ingresos (lucro en sentido obxectivo). Neste sentido, convén diferenciarmos entre a persoa xurídica, cun fin que é de interese xeral, e os instrumentos de que se vale para conseguir ese fin, cunha acción que segue un principio elemental de rendibilidade.

O logro desa rendibilidade xustifica a actividade mercantil da fundación, e permite que o seu patrimonio sexa verdadeiramente dinámico e de difícil descapitalización. O límite á obtención de rendementos descansa sobre a obriga de investir polo menos o 70% destes na consecución dos fins fundacionais, que propugna o artigo 25.1 da lei.

A fronteira do interese xeral está en non confundí-la finalidade coa actividade: a fundación pode levar a cabo todo tipo de actividades económicas, incluso actuar directamente como empresa, sempre e cando as actividades lle sirvan á súa finalidade de interese xeral.

Esta concepción apártase, sen embargo, da noción de «fundación-empresa» que se importou da dogmática alemana, conforme a que o ente fundacional é titular directo dunha empresa e o seu fin consiste en realizar actividades empresariais, seguindo unhas directrices benéficas para o ben común, que foron previamente fixadas polo fundador e os estatutos.

A xuízo de Barral Viñals, o encaixe desta institución na idea de interese xeral entraña unha enorme dificultade porque implica pasar da actividade económica entendida coma fonte de rendibilidade (isto é, coma fonte de lucro en sentido obxectivo), ó ánimo de lucro subxectivo coma interese directo na ganancia que persegue a empresa, xa que esta pasaría

a se-lo fin fundacional. A Lei 30/1994 parece acoller esta oposición no seu artigo 42.2 cando considera como presuposto para a aplicación do réxime fiscal do seu título II que a fundación non realice actividades mercantís de modo principal: neste caso, a fundación deixaría de ser unha entidade non lucrativa para os efectos do artigo 41 que determina a aplicación do mencionado réxime fiscal. Similar previsión contén o artigo 42.3, respecto ó requisito da indeterminación dos beneficiarios.

O último punto da súa intervención foi dedicado ás actividades económicas e á súa relación coa finalidade fundacional. A problemática que suscita a circunstancia de que as fundacións leven a cabo actividades de índole económica radica en saber se tales actividades deben ou non relacionarse cos fins fundacionais. Aínda que este límite a estas actividades non consta de forma expresa na Lei estatal de 1994, si se recollía, pola contra, no proxecto de lei do Consello de Ministros (concretamente, no seu artigo 22, parágrafo 1º), que seguía a mesma opción que certas leis autonómicas anteriores (ó respecto, *vid.* os artigos 14.4 da Lei 1/1990, do 29 de xaneiro, de fundacións canarias e 25.3 da Lei 12/1994, do 17 de xuño, do Parlamento vasco, de fundacións).

A supresión do referido límite do texto finalmente promulgado da lei estatal, obriga a busca-la solución do problema no título II da propia lei, relativo –como sabemos– ó réxime fiscal das fundacións. Neste título débuxase unha idea máis nítida sobre as relacións entre as actividades empresariais e o fin fundacional: se estas actividades se vinculan a esta finalidade, entón as fundacións que as realicen poderán gozar dos beneficios fiscais que outorga aquel título; se, polo contrario, non gardan relación con ela, entón estas fundacións non poderán acollerse a tales beneficios.

En consecuencia, o desenvolvemento de actividades económicas por parte das fundacións non esixe unha relación directa coa finalidade de interese xeral á que serven, pero este dato constitúe unha *condicio sine qua non* para a aplicación do réxime tributario máis favorable da Lei 30/1994.

Barral Viñals pechou a cuestión e concluíu a súa exposición indicando que a mesma idea aparece considerada sinteticamente na nova Lei catalana de fundacións, cun artigo 36 que permite que a fundación xestione directamente explotacións mercantís, se tal actividade leva o cumprimento inmediato dos fins fundacionais ou está subordinada a eles.

Despois desta disertación fíxose un pequeno descanso, tralo que foron expostas varias comunicacións orais sobre aspectos relacionados coa temática das xornadas:

«A prestación de servizos sociais en Cataluña, dentro do sector non lucrativo ou terceiro sector», a cargo de D^a. Rosa Llacer.

■ «Alcune riflessioni sulla costituzionalità della vigente disciplina in materia di fondazioni bancarie», a cargo de D. Lorenzo Mezzasoma.

■ «Dotación, investimento, reinvestimento e reversión nas fundacións catalanas», a cargo de D^a. Dolores Larrubia de Rojas.

■ E «Herdanza deferida a unha fundación en proceso de constitución», a cargo de D^a. Esther Torrellas.

○ O último relatorio da tarde levou por título «As fundacións bancarias no sistema de persoas xurídicas no dereito italiano» e foi pronunciado por D. Antonino Palazzo, «professore ordinario» de institucións de dereito privado da Universidade dos Estudos de Perugia e conselleiro de administración da Fundación Caixa de Aforros de Perugia. D. Francisco Puy Muñoz, catedrático de filosofía do dereito da Universidade de Santiago de Compostela e presidente da Fundación Alfredo Brañas, foi o encargado de presenta-lo relator e de modera-la súa intervención.

Ó inicio, o profesor Palazzo explicou de modo conciso as orixes e o rol económico das fundacións bancarias. Estas entidades constitúen o resultado final do proceso de privatización ó que se someteron as institucións crediticias públicas en Italia durante os anos noventa, a través de diversas medidas lexislativas. A súa catalogación como «fundacións» é de procedencia doutrinal, tendo en conta a súa actividade de administración dun patrimonio, cuns réditos que veñen sendo empregados historicamente para satisfacer fins de carácter solidario.

As caixas de aforro italianas comparten coas españolas a mesma orixe histórica: naceron como Montes de Piedade, asociacións ou fundacións impulsadas por particulares e entidades públicas (especialmente, de ámbito local) para estimula-lo aforro das clases populares, para loitar contra a usura, para promove-lo financiamento de actividades productivas locais de capital privado e, máis contemporaneamente, para destinar unha parte dos seus ingresos a finalidades de interese social.

Trátase de entes xurídicos cunha natureza híbrida, orientados non só a maximiza-lo beneficio como diferenza entre custos e ingresos, senón tamén a unha función distinta, de natureza obxectiva ou pública en sentido lato. Neles combínanse o principio de economicidade coa persecución de fins sociais. Este peculiar «hermafroditismo» acentuouse tanto que tales entidades chegaron a ser definidas, de forma moi viva e simbólica, coma os «novos Frankenstein» (Giuliano Amato).

Non obstante, o relator non esqueceu o seu carácter *non profit*, da súa consideración coma entes sen ánimo de lucro, cuns móbiles que lle son estraños ó prototipo clásico de operador económico coma «egoísta racional», longamente criticado pola doutrina moderna, encabezada polo premio Nobel A. Sen, quen demostrou como o altruísmo é un ben capaz de incrementarse por si mesmo e sen custos, particularmente cando

o tecido social está fortemente diferenciado. Esta formulación non está exenta de críticas, discutíndose se as fundacións bancarias son un elemento engadido, pero efectivo, do sector da economía non lucrativa, do que sen dúbida constitúen o seu financiador estrutural hoxe.

Respecto á súa natureza fundacional, a cualificación destes entes como fundacións aparece explicitamente recollida no título I do Decreto lexislativo 153/1999, rotulado «réxime civil das fundacións». Sostívose que a forma xurídica máis consoante con eles é a de fundación-empresa ou mellor a de fundación titular dunha ou varias empresas instrumentais.

A catalogación *in iure* destas entidades resulta bastante difícil, sobre todo tendo en conta a circunstancia de que a doutrina mercantilista móstrase compacta á hora de postular a súa natureza empresarial. Baixo esta perspectiva, distínguense as «fundacións de empresa», en que o exercicio de actividades empresariais eríxese na súa finalidade única e exclusiva, e as «empresas de fundación», onde a actividade económica se subordina á consecución dos fins do ente fundacional.

Admítese que unha entidade sen afán lucrativo exercite actividades económicas con métodos empresariais, simplemente para cubri-los seus gastos e sen apartarse dos seus fins estatutarios. Tamén son factibles as hipóteses de fundacións *hólding*, en que o seu fin primordial consiste no exercicio de actividades empresariais, e os resultados obtidos destínanse a actividades non económicas que contribúen á realización daquel fin: en tales supostos, as actividades empresariais son as principais do ente, ó resultar idóneas para satisfacer-los obxectivos do fundador e esenciais para a súa persecución.

De acordo co artigo 2.1.d) da Lei 461/1998, as fundacións bancarias poderán xestionar «empresas directamente instrumentais ós fins estatutarios, exclusivamente nos sectores da investigación científica, da instrucción, da arte, da conservación e valoración dos bens culturais e ambientais, da sanidade e da asistencia ás clases sociais débiles». No mesmo sentido, o artigo 3 do Decreto lexislativo 153/1999 sinala que só poden exercer empresas «se son directamente instrumentais ós fins estatutarios e exclusivamente en sectores relevantes», entendendo por tales os previstos no seu artigo 1.d), que coinciden cos mencionados polo referido artigo 2.1.d) da Lei de 1998. Estes sectores son, así mesmo, relevantes para determina-las empresas en que as fundacións poden deter participacións de control, conforme o artigo 6 do citado decreto.

Nestes casos, onde a participación nunha ou máis empresas alcanza o límite do control, fórmase unha fundación *hólding*, que ten funcións de dirección unitaria do grupo, cun marcado carácter empresarial, xa sexa polo seu labor de dirección, xa sexa por conformarse coma unha empresa do grupo, resultante do «collegamento» das empresas participadas.

Encontrámonos, pois, ante un sistema en que do tipo ideal de «fundación» quedan poucas características, dado que: os fins institucionais previstos nos estatutos deben ser reconducidos ós sectores lexislativamente tipificados; a disposición organizativa é imposta por lei; rexe a obriga de distinguir órganos de dirección, de administración e de control, etc. Neste contexto, convértese nun mero enunciado a definición ofrecida polo artigo 2 do Decreto de 1999, segundo o que «as fundacións son persoas xurídicas privadas sen finalidade de lucro, dotadas de plena autonomía estatutaria e xestora».

A antinomia descrita é superada se se repara no feito de que, aínda cando o exercicio da actividade empresarial resulta discordante co sistema de persoas xurídicas non lucrativas do dereito privado italiano, tal capacidade está limitada ás actividades empresariais de carácter instrumental sobre os sectores relevantes xa aludidos, o que reconduce o articulado normativo á solidariedade obrigatoria, que é a causa das atribucións gratuítas que por lei as fundacións deben destinar a entes e organizacións de utilidade social: a actividade empresarial revélase como coincidente con aqueles fins de interese xeral e isto xustifica a capacidade empresarial das fundacións bancarias.

O profesor Palazzo prestoulle especial atención ó destino do patrimonio fundacional. De conformidade co artigo 2.1.a) do Decreto lexislativo de 1999, as fundacións bancarias perseguirán «exclusivamente fins de utilidade social e de promoción do desenvolvemento económico». Respecto dos fins de utilidade social, este precepto é coherente co réxime xeral das organizacións non lucrativas de utilidade social (ONLUS), contido no Decreto lexislativo 460/1997. O artigo 10 deste último decreto reflicte a coincidencia existente entre os sectores de actividade de tales organizacións e os sectores relevantes das fundacións bancarias. As finalidades de utilidade social referiranse, polo tanto, á asistencia social ou socio-sanitaria, á instrucción, á tutela, á promoción e valoración de bens de interese artístico e histórico, á protección do medio natural e da natureza, á investigación científica e á solidariedade social.

En canto á promoción do desenvolvemento económico, en sentido restrinxido enténdese como relativa á prestación de servicios instrumentais para o desenvolvemento económico, ou da actividade auxiliar daquela de utilidade social. En sentido amplo, cabe soste que a actividade de promociona-lo desenvolvemento económico dunha área do país é esa mesma socialmente útil e pode levarse a cabo coa participación no capital das empresas.

Reprodúcese nesta materia o debate sobre o artigo 42 da Constitución italiana, en relación a que o límite da utilidade social vén imposto pola propiedade privada, xa que é certo que a promoción do desenvolvemento económico non supón só a intervención no financiamento

doutra actividade económica útil, senón tamén a xestión directa dunha actividade semellante, porque a actividade empresarial pode ser considerada como ese desenvolvemento económico buscado.

As consecuencias das dúas interpretacións expostas son notables. En primeiro lugar, acollendo a segunda obtense o efecto de considerar *non profit*, incluso en canto á aplicación dun réxime fiscal máis vantaxoso, a un ente que desenvolva unha actividade económica como fin esencial, fortemente activo no mercado e directamente interesado na maximización do beneficio. E en segundo termo, da elección entre fins de utilidade social e aqueles de promoción do desenvolvemento económico derivan decisións non só relativas ó emprego dos rendementos, senón tamén referidas ó investimento final destes para a conservación do patrimonio fundacional.

Nos últimos momentos da súa intervención, o relator fixo unha pequena referencia ós instrumentos de participación das comunidades locais e dos beneficiarios das subministracións no nomeamento dos membros dos órganos fundacionais, comentando en particular a esixencia de determinadas calidades persoais ós que aspiren a integra-los órganos de dirección, de administración e de control das fundacións bancarias.

Concretamente, destacou a obrigación de que os membros dos órganos de dirección posúan a preparación e a experiencia necesarias para poder contribuír eficazmente á persecución dos fins fundacionais, e aqueloutra que require que nos órganos colexiados das fundacións de ámbito local haxa unha representación non inferior ó 50 % de persoas residentes na mesma localidade onde radican esas fundacións, durante polo menos tres anos.

Tales esixencias persoais complementáanse cunha serie de incompatibilidades que lles impiden realizar funcións de dirección, administración e control nas fundacións bancarias ós que se teñan encargado de designa-los compoñentes dos órganos fundacionais, ós que exerzan as mesmas funcións nunha sociedade bancaria ou nunha sociedade controlada por esta sociedade ou banco, e os que teñan unha participación significativa nestas sociedades.

8. O primeiro relatorio da segunda xornada, que se titulaba « A dotación da fundación no dereito italiano », debía ser pronunciado por D. Mario Comporti, profesor de dereito da Universidade de Siena. Sen embargo, unha inoportuna indisposición impediuno estar presente no seminario. A pesar disto, o tema foi tratado polo profesor Palazzo, que tivo a amabilidade de le-lo texto do relatorio do seu colega, sendo moderado polo profesor Luna Serrano.

O punto inicial da exposición tratou dos actos fundamentais no nacemento das fundacións: o acto de fundación e o acto de dotación patri-

monial. Historicamente, a doutrina e a xurisprudencia europeas distinguiron ámbolos actos. O acto de fundación era considerado como un acto de carácter persoal, dirixido á constitución do ente e que comprendía a finalidade e os estatutos deste. O acto de dotación, pola súa parte, considerábase de carácter patrimonial: a través del, o fundador asignábase ó ente un determinado patrimonio para realiza-los seus fins estatutarios.

Na doutrina alemana de finais do século XVIII realizáronse importantes avances dogmáticos sobre esta distinción, catalogándose o acto de fundación coma un acto de creación, de autonomía, de declaración unilateral que facía nace-lo ente; mentres o acto de dotación identificábase cunha doazón unilateral ou, polo menos, cun acto de liberalidade.

A principios do século XX, Francesco Ferrara sénior discrepaba desas teses na súa obra sobre as persoas xurídicas. Na súa opinión, o fundador non era o creador da fundación, pois esta non adquiría personalidade xurídica ata despois do recoñecemento da súa constitución por parte do Estado, subliñando ademais que o acto de fundación era un acto volitivo, unilateral, por si mesmo perfecto e orientado a instituír un ente que logo podía ou non chegar a adquirir personalidade xurídica. Respecto ó acto de dotación, Ferrara destacaba a súa natureza patrimonial e o seu carácter accesorio, negándolle a consideración de acto de doazón: o acto dotacional non era senón un «negocio de destinación» (*negozio di destinazione*) dun patrimonio, é dicir, un acto unilateral de disposición de bens a favor dun novo ente.

Na actualidade prevalece, tanto na doutrina coma na xurisprudencia, a tese da conexión entre o acto de fundación e o de dotación, e con ela a idea de que para o nacemento da fundación é tan necesaria a súa dotación patrimonial coma o acto mesmo de constitución.

O segundo punto da exposición abordou o tema da suficiencia do patrimonio inicial da fundación para levar a cabo os seus obxectivos. Conforme o dereito civil italiano, o patrimonio é un requisito indispensable para permitirlle á fundación persegui-los seus fins.

O xuízo de suficiencia do patrimonio, que lle compete ó Consello de Estado italiano, revélase esencial para decidi-lo recoñecemento da personalidade xurídica da fundación: se é positivo, o ente adquirirá esta personalidade, pero se é negativo, non chegará a obtela. En opinión de Francesco Galgano, a existencia dun patrimonio inicial *per se* suficiente para a consecución dos fins fundacionais é o criterio principal para concederlle á fundación o seu recoñecemento como persoa xurídica.

Por outra parte, a doutrina do Consello de Estado é constante á hora de esixir, para os efectos de tal recoñecemento, unha base patrimonial sólida e duradeira, co fin de dota-la fundación e asegura-la súa operatividade, con independencia das eventuais contribucións estatais e dou-

tros financiadores. A existencia dunha base patrimonial adecuada para comeza-las actividades fundacionais permítelle á autoridade administrativa competente emitir unha valoración satisfactoria de cara á concesión do citado recoñecemento.

Por outro lado, a inmovilización e o vínculo de destino dos bens son xustificadas pola persecución de fins de interese xeral para os que se constitúe a fundación.

O Consello de Estado afirmou, na súa Decisión do 7 de xuño de 1995, que a valoración da suficiencia patrimonial debe referirse á dotación existente no momento do recoñecemento e non á posibilidade de achegas futuras, porque o acto de atribución da personalidade xurídica, pola inmediatez dos seus efectos, basearase en elementos certos e actuais. Así, a insuficiencia do patrimonio é unha das causas de extinción e de transformación das fundacións, tal e como prevé de forma expresa o artigo 28 do Código civil italiano. Noutra decisión, esta do 3 de febreiro de 1996, o Consello de Estado estimou que a insuficiencia do patrimonio non fai nulo o acto fundacional do ente, senón «só imposible a realización do negocio de fundación».

Pola súa parte, o Tribunal de Contas da República Italiana precisou, na súa Resolución do 13 de outubro de 1993, que a correspondencia entre patrimonio e fin debe fundamentarse na comparación entre a potencial entidade do rédito ordinariamente retraíble do capital e os custos presumibles da actividade ordinaria destinada para o fin.

No terceiro punto do relatorio do profesor Comporti examinouse o fin da fundación. Este constitúe o elemento finalístico do ente e está estreitamente ligado ó elemento patrimonial, ó que marca o seu destino. O fin debe ser lícito, non individualizable, duradeiro e determinado. Correspóndelle á autoridade administrativa valorar directamente a presenza destes trazos preceptivos no momento de decidir acerca da concesión da personalidade xurídica.

Repítese constantemente na doutrina a idea de que a finalidade da fundación debe ser «de utilidade pública». Para Comporti, esta afirmación resulta un tanto excesiva, pois os fins públicos ou de interese público son necesariamente perseguidos por entes públicos, mentres que as persoas xurídico-privadas poden perseguir tamén a consecución de intereses lícitos e mercedores de tutela, que en puridade non cabe cualificar de utilidade pública. A este respecto sinalou Rescigno que a utilidade colectiva, que é a noción a que se reconduce o carácter non individualizable do fin, non significa forzosamente o ben da xeneralidade: ó seu xuízo, a satisfacción de intereses colectivos, pero particulares é perfectamente compatible coa estrutura e a finalidade das fundacións.

En conexión con este tema, insístiuse na distinción entre os fins económicos e egoístas, típicos das sociedades mercantís, e os fins non

económicos, altruístas ou ideais das asociacións e fundacións. En opinión de Comporti, parece innecesario que os fins da persoa xurídica privada sexan «de utilidade pública», mentres sexa fundamental a característica económica destes. A definición máis difundida das asociacións e fundacións é aquela que as conceptúa como entidades sen finalidade económica ou *non profit*, fronte ás sociedades (especialmente, as mercantís), que exercitan unha actividade económica ó obxecto de obter e repartir beneficios.

Por outra parte, convén diferenciarlo fin perseguido polos membros do ente da actividade instrumental para logra-lo propio fin. A finalidade é unitaria e supraindividual: o fundador intenta perseguila a través de entes non lucrativos dotados dun patrimonio idóneo para alcanzala, que desenvolven unha actividade especificamente destinada á súa consecución.

Fronte ó criterio negativo dos entes *non profit*, o lexislador italiano (a través do Decreto lexislativo 460/1997, xa citado) estableceu un criterio positivo para concederlles vantaxes fiscais ás organizacións non lucrativas de utilidade social, cualificadas así polo sector de actividade que desenvolvan, por perseguir fins de utilidade social ou por rexer nelas a prohibición de distribuí-los seus beneficios entre os socios.

Tal e como se indicou, a doutrina e a xurisprudencia sacan á luz a nota da adecuación do patrimonio ó fin fundacional, como nexo funcional entre as dúas nocións de «patrimonio» e de «fin», que constitúe un requisito particular para o recoñecemento da personalidade xurídica.

Outros autores, en cambio, negaron que se poida encontrar na normativa de asociacións e fundacións unha específica cualificación do nexo funcional patrimonio-fin. Pero con apoio nas normas do Código civil e nos principios xerais sobre fundacións, cabe afirmar que: 1º) o patrimonio é un requisito esencial da fundación; e 2º) a entidade do patrimonio mídese polos recursos necesarios para a consecución do fin. Deste modo, reafírmase a opinión tradicional acerca da necesaria relación entre fin e patrimonio, que lles imprime ós bens fundacionais un vínculo especial e duradeiro de destino para a persecución dunha finalidade merecedora de protección por parte do ordenamento xurídico.

O último punto da exposición ocupouse da transformación e da extinción das fundacións, así como da devolución do patrimonio fundacional. En virtude do artigo 28 do Código civil italiano, cando o patrimonio se fai insuficiente, a autoridade gobernativa, antes de declarala extinción da fundación, pode ordenala súa transformación, apartándose o menos posible da vontade do fundador. Neste caso, trátase dunha transformación imposta pola autoridade administrativa, cando o fin estea esgotado, sexa imposible de realizar ou de escasa utilidade, ou cando o patrimonio resulte insuficiente para conseguilo.

A pesar das críticas que recibiu a reforma lexislativa dos entes asistenciais e benéficos, parece perfectamente admisible que o lexislador poida regular por lei ordinaria a modificación e reestructuración estatutaria e organizativa dos entes en xeral e en particular daqueles predispostos á asistencia hospitalaria ou á actividade de asistencia e beneficencia.

Por outro lado, o artigo 16.2º do mencionado código sinala que a acta de constitución e o estatuto de toda persoa xurídica poden conter normas relativas á extinción do ente e á devolución do patrimonio, que deberán ser aprobadas pola autoridade administrativa competente. Verificada a extinción do ente, os bens resultantes da súa liquidación serán devoltos de conformidade co establecido na acta de constitución ou no estatuto.

Son válidas, pois, as causas de extinción e as cláusulas de devolución previstas na acta de constitución e nos estatutos regularmente aprobados. En especial, debe recoñecerse a validez da específica cláusula de extinción e de devolución para as hipóteses de transformacións impostas á normativa interna do ente pola Administración pública.

Esta validez pode apoiarse no mencionado artigo 28 do Código civil, cun primeiro apartado que prevé a posibilidade de que a autoridade administrativa poida, en casos particulares e taxados, ordenala transformación das fundacións, o que supón unha derogación do principio de inmutabilidade que consagra o artigo 26 do mesmo código. O apartado segundo do propio artigo 28 engade que a transformación non será admisible cando os feitos que lle deron lugar sexan considerados como causa de extinción da persoa xurídica e de devolución dos bens a terceiras persoas.

O precepto exposto confirma a validez xurídica tanto da cláusula de extinción de ente, coma daqueloutra que establece a devolución dos bens en caso de transformación imposta pola autoridade administrativa, sendo admitidas pola doutrina italiana.

Con todo, presenta o problema da operatividade de tales cláusulas cando chocan coas leis reformadoras da lexislación sobre entes asistenciais e benéficos. Pensemos na Lei 833/1978, do 23 de decembro, que lles transferiu ós municipios os bens mobles e inmoables dos entes hospitalarios do seu territorio, vinculando o seu destino á unidade sanitaria local, sen ter en conta as eventuais cláusulas de devolución do patrimonio dos estatutos e sen preve-la indemnización dos fundadores pola perda dese patrimonio. Mediante Decisión do 27 de xaneiro de 1993, o Consello de Estado declarou que esta lei comporta a imposibilidade de que tales entes poidan facer vale-las súas cláusulas estatutarias de devolución.

Tamén recoñeceu o carácter non indemnizable da transferencia do patrimonio dun ente público a outro, conforme a doutrina do Tribunal

Constitucional italiano na súa Sentencia 68/1959, que estimou a lexitimidade constitucional da lei que dispoña a transferencia a un ente público dun ben patrimonial doutro ente da mesma natureza, sen indemnización, pois tal lei non ordenaría unha expropiación, senón unicamente o cambio de destino dese ben. Partindo desta xurisprudencia rexeitouse a indemnización ó fundador pola perda do patrimonio que dotara a fundación e que, de acordo coa cláusula de devolución, debía retornar ó mesmo fundador inmediatamente despois da transformación do ente.

Todas estas vicisitudes evidencian a multitude de limitacións existentes sobre a validez xurídica das cláusulas de devolución patrimonial ante a vontade oposta do lexislador, desexoso de apropiarse dos bens celosamente custodiados no tempo por fundacións ricas dun glorioso pasado e de fama antiga xustamente adquirida ó longo dos séculos.

5. Baixo o título «A propósito da reversión do patrimonio fundacional á familia do fundador», D. Carlos J. Maluquer de Motes Bernet, catedrático de dereito civil da Universidade de Barcelona, impartiu a segunda exposición da mañá, actuando nela como moderador D. Pablo Figueroa Dorrego, secretario xeral da Consellería de Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia.

O relator comezou a súa disertación expoñendo varios interrogantes: ¿as cláusulas fundacionais poden establecer que os bens resultantes da liquidación se destinen a fins que non son de interese xeral?, ¿poden revertelos bens no patrimonio do fundador ou no dos seus herdeiros ou familiares?, ¿é posible a reversión do patrimonio fundacional en caso de que a fundación fora creada por unha sociedade mercantil ou doutra natureza?

Para lles dar resposta a estas cuestións, o profesor Maluquer recorreu ó exame de dous preceptos legais: o artigo 31, apartados 2 e 3 da Lei estatal de fundacións, anteriormente transcrito nesta crónica; e o artigo 24 da Lei 7/1983, do 22 de xuño, do réxime das fundacións de interese galego, segundo o que «a extinción dunha fundación... procederá polas causas previstas na carta fundacional e nos supostos establecidos no artigo 39 do Código civil, dándolles ós bens e dereitos o destino predeterminado nestas disposicións».

Prima facie, ámbolos preceptos parécenlle ofrecer solucións distintas ó problema suscitado. Dun lado, a lei estatal semella excluí-la posibilidade de establecer cláusulas de reversión a favor do fundador ou, se se prefire, a favor de intereses particulares; mentres, por outra parte, a lei galega parece postular todo o contrario, é dicir, a admisión deste tipo de cláusulas.

No ámbito da Lei 30/1994, o fundador posúe unha liberdade limitada para constituí-la fundación. Os bens fundacionais nunca poderán

ser destinados a fins que non sexan de interese xeral. A vontade do fundador só poderá indicar a qué entidades de interese xeral vai dirixi-lo remanente patrimonial que resulte da liquidación do ente fundacional, pero o referido artigo 31 exclúe claramente a cláusula de reversión a favor de intereses de carácter privado.

A existencia de cláusulas de reversión na acta fundacional ou nos estatutos non invalida a propia institución, como se deduce da propia lei estatal (*vid.*, en concreto, os seus artigos 2.3 e 9.2).

A limitación exposta aplícase igualmente cando o negocio fundacional ou os estatutos non estableceran nada ó respecto e lle corresponda ó Padroado especifica-lo destino final dos bens liquidados: en ningún caso, este órgano poderá preverlle o retorno de tales bens ó patrimonio do fundador e de modo obrigado terá que destinalos a fundacións ou a outros entes privados sen ánimo de lucro que persigan fins de interese xeral. En caso de que o Padroado non estea facultado para lles dar un destino a eses bens, corresponderalle esta misión ó Protectorado, que lles aplicará o criterio de fins análogos ós da fundación extinguida para determina-las entidades receptoras destes bens.

Tampouco será admisible a reversión mediante unha peculiar interpretación do concepto de fundación que recolle o artigo 1 da lei, en que se incida especialmente na afectación «de modo duradeiro» do patrimonio fundacional á satisfacción de fins de interese xeral. Desde un importante sector da nosa doutrina véñse afirmando que o lexislador español de 1994 inspirouse na Lei francesa do mecenado de 1987, en que o artigo 18 definía a fundación como «o acto polo que unha ou varias persoas físicas ou xurídicas, deciden a afectación irrevogable de bens, dereitos ou ingresos a unha obra de interese xeral non lucrativo». Para os partidarios deste sector, o lexislador español substituíu deliberadamente o adxectivo «irrevogable» polo adxectivo «duradeiro», que posúe un significado diferente: leva a idea de temporalidade, dun proceso acabable no tempo, pero non irreversible, o que lles serviu para admiti-la reversión.

En canto á Lei galega de fundacións, o seu artigo 24 parece eludi-la problemática presentada, remitíndose ó artigo 39 do Código civil, cun texto que di o seguinte: «Se por ter expirado o prazo durante o cal funcionaban legalmente, ou por ter realizado o fin para o que se constituíron, ou por ser xa imposible aplicarlle a este a actividade e os medios de que dispuñan, deixasen de funciona-las corporacións, asociacións e fundacións, daráselles ós seus bens a aplicación que as leis, ou os estatutos, ou as cláusulas fundacionais, lles asignaran nesta previsión (...)».

Para o profesor Maluquer, este precepto do noso Código civil non lle dá prioridade ó criterio voluntarista (os estatutos e as cláusulas fundacionais), senón ó legalista (as leis). Estamos ante bens dunha persoa xurídica de interese xeral, polo que non cabe a aplicación das normas deste

código que se refiren ás reversións patrimoniais das doazóns *inter vivos* ou *mortis causa* (artigo 641), ós chamamentos sucesorios a termo ou condición resolutoria (artigo 790), ás substitucións fideicomisarias (artigo 781) ou á imposición de cargas ou gravames (artigos 788 e 797). Cando o artigo 39 fala de «as leis» está pensando en normas xurídicas de carácter unitario e de aplicación a institucións ou persoas xurídicas, e non a particulares.

Ademais, non convén esquece-la personalidade xurídica do patrimonio fundacional, nin a súa íntima relación co interese xeral. A idea de personificación, que nitidamente se percibe nos artigos 35 e 39 do noso Código de 1889 e que hai décadas expresou de modo sinxelo, pero maístral o profesor Garrigues ó conceptua-la fundación como «un patrimonio con personalidade xurídica», resulta de gran transcendencia aquí, xa que se se personifican os bens fundacionais é porque a fundación persegue fins de interese xeral.

Ó falar de «as leis», o artigo 39 non se está a referir á Lei 30/1994, senón á Lei xeral de beneficencia do 20 de xuño de 1849, que foi derrogada, xunto co seu Regulamento do 20 de maio de 1852, pola citada lei de fundacións de 1994. A lei decimonónica de beneficencia, que non propugnaba a apuntada idea da personificación do patrimonio fundacional (que é obra do Código civil), buscaba darlles ós bens das fundacións ou establecementos de beneficencia un destino de interese xeral trala extinción de tales entes, non lles permitindo a reversión dos bens ó patrimonio do fundador/benefactor, nin ó dos seus sucesores.

Neste sentido, resulta especialmente significativo o seu artigo 16, mercé ó que «a supresión de calquera establecemento de beneficencia, público ou particular, supón sempre a incorporación dos seus bens, rendas e dereitos noutro establecemento de beneficencia». Con esta medida pretendíase erradicar unha práctica moi frecuente naquela época, consistente en introducir cláusulas nos estatutos daquelas institucións, que lle ordenaban o retorno dos bens ó patrimonio dos parentes do fundador cando tales institucións se extinguían: estas cláusulas contribuían á desaparición dos establecementos benéficos e do labor de interese xeral que desenvolvían.

Á vista de todo o exposto, o relator afirmou que a Lei galega de fundacións tampouco tolera a cláusula de reversión, polo que os bens das fundacións de interese galego que resulten liquidadas e extinguidas, deberán destinarse, en calquera caso, a finalidades de interese xeral.

Por outra parte, a tese contraria ás cláusulas de reversión non é desvirtuada pola nosa actual Constitución de 1978. Antes ó contrario, nela encóntanse sólidos argumentos para ratificala. Nesta liña, o profesor Maluquer destacou a vinculación do dereito de fundación do artigo 34 co dereito de propiedade do artigo 33. Este último dereito constitucio-

nal non é absoluto, senón que o seu contido vén delimitado pola función social que realiza e sempre de acordo coas leis.

Na súa opinión, o dereito a fundar supón o recoñecemento á liberdade de exercicio dun dereito de propiedade (o do fundador que destina os seus bens á realización de actividades de interese xeral) e ten, por isto, un límite insalvable na función social deste dereito, cun alcance que está determinado legalmente. As fundacións levan a cabo esta función social do dereito de fundar, o que impide a validez xurídica das cláusulas de reversión polas que os seus bens deixan de ocuparse desta función, incumprindo, deste modo, os fins fundacionais de interese xeral.

|| Trala exposición do profesor Maluquer de Motes Bernet, procedeuse á lectura dunha comunicación oral que se titulaba «Las fundaciones: neutralidad de sus fines», a cargo da súa autora, D^a. Antonia Nieto Alonso, profesora titular de dereito civil da Universidade de Santiago de Compostela.

|| D. Enrique Rebés Solé, profesor de dereito administrativo e presidente da Comisión Xurídica Asesora da Generalitat de Cataluña, pechou o ciclo de relatorios falando de «A actividade de fomento e control do protectorado da fundación en relación cos seus aspectos económicos». Actuou como moderador D. José Antonio García Caridad, presidente do Consello Consultivo de Galicia.

A modo de introducción, o relator resaltou a grande evolución e expansión experimentada polas fundacións en España durante os últimos anos, pero sobre todo incidiu no contido do dereito constitucional de fundación. A nosa actual Constitución de 1978 consagrou, no seu artigo 34, o dereito subxectivo a fundar, que –na súa opinión– é un dereito fundamental, a pesar de non contar cun desenvolvemento lexislativo mediante lei orgánica. Trátase dun dereito subalterno dos fins de interese xeral: non é autónomo, senón que se encontra condicionado e subordinado ó referido interese xeral, o que xustifica a actuación administrativa sobre a actividade dos entes fundacionais, a cal, ó seu xuízo, debe ter un carácter máis preventivo ca intervencionista. Por outro lado, o dereito de fundación non pode considerarse coma un dereito absoluto, pois está sometido ás limitacións previstas no propio texto constitucional. Dun lado, debe suxeitarse a un límite positivo, a persecución de fins de interese xeral (artigo 34.1); e do outro, a unha limitación negativa, como é o feito de que ninguén poderá disolver, nin suspende-las actividades das fundacións, salvo mediante resolución xudicial motivada (artigo 22.4, por remisión do artigo 34.2).

O cambio sufrido polo mundo fundacional, en que o aspecto económico-organizativo prima agora sobre o aspecto patrimonial, serviulle de punto de partida ó profesor Rebés Solé para ocuparse do Protectorado.

Na actualidade, esta figura orgánica xira arredor da idea de protexe-la esencia da fundación, que nestes momentos descansa sobre a súa finalidade de interese xeral e non sobre o seu patrimonio. Consecuentemente, o importante xa non é tanto vixia-la correcta administración dos bens fundacionais por parte dos patróns, canto vixia-lo cumprimento dos fins da fundación, da vontade do fundador e, en definitiva, dos intereses xerais que a entidade fundacional trata de satisfacer.

A actividade do Protectorado sobre a fundación é unha actividade permanente de carácter administrativo, que é regulada pola Lei 30/1994 no ámbito estatal e polas correspondentes leis de fundacións no ámbito das comunidades autónomas. Fronte á lexislación anterior, a vixente lei estatal de fundacións propugna un intervencionismo administrativo atenuado sobre a actividade fundacional.

En canto ás leis autonómicas, posúen entre elas un contido moi similar nesta materia, pese a existiren peculiaridades respecto das facultades de control do Protectorado. Un caso especial constitúeo a lexislación navarra, que non dota o Protectorado de funcións de control e admite a creación de fundacións sen autorización administrativa. O control público en Navarra redúcese simplemente a unha lexitimación do Ministerio Fiscal para actuar ó respecto, o que supón un sistema de control moi razoable, en opinión do relator.

Na normativa estatal, o intervencionismo público chega a ser moi intenso (aínda que, como se indicou, máis atenuado respecto da lexislación precedente), requiríndose a autorización administrativa para unha serie de actos de transcendencia económica para as fundacións: entre eles, destacou a alleación e o gravame de bens dotacionais, a repudiación de doazóns, herdanzas e legados, así como as transaccións ou compromisos de realizalas en que mediara arbitraje. Tamén hai actos que esixen a verificación administrativa: por exemplo, a ratificación do acordo do Padroado de extingui-la fundación ou o control do proceso de liquidación.

No que atinxe ás normas de ámbito autonómico, as leis canaria e vasca, así como a nova lei catalana posúen un grao de intervencionismo menor có da lei estatal de 1994; pola contra, a lei galega resulta máis esixente cás anteriores, circunstancia que a aproxima á lei estatal.

Rebés fixo especial fincapé nas particularidades a respecto da lei galega, expoñendo os tipos de autorización administrativa que regula e as funcións do control e fiscalización «de alta intensidade» que lle encomenda ó Protectorado. Igualmente, aludiu de maneira sucinta ás funcións de fomento e promoción deste órgano e á súa presenza nas lexislacións estatal e autonómicas.

O relator concluíu a súa charla sinalando que o Protectorado constitúe nos nosos días un órgano administrativo especializado que desen-

volve un importante labor administrativo de control e fomento sobre as fundacións, e que está evolucionando profunda e progresivamente a través de novas fórmulas de actuación menos intervencionistas e máis preventivas.

A continuación interveu o Sr. García Caridad para resalta-la enorme carga «positivista» dos relatorios pronunciados e a problemática que sempre acompañou o tema das fundacións desde un punto de vista práctico, por tocar de cerca a propiedade.

12 Despois, foron expostas as dúas últimas comunicacións das xornadas:

■ «Neoliberalismo brasileiro: das fundações privadas às organizações sociais», a cargo de D. Júlio César Barreto Rocha.

■ E «Breves consideraciones acerca de la posibilidad del embargo de los bienes de las fundaciones por la Hacienda Pública», de D. Daniel I. Ripley Soria, que foi resumida oralmente polo profesor Luna Serrano.

13 No acto de clausura, o director das xornadas tivo palabras de agradecemento para o público asistente pola atención prestada, así como para a EGAP polo seu excelente labor organizativo. Non quixo terminar sen poñer de manifesto cómo o dereito de fundacións está evolucionando ó son da realidade social, sendo as autoridades lexislativas cada vez máis sensibles ós cambios que se producen nela. Por último, o director da EGAP deulle as grazas ó público pola súa asistencia masiva e continuada ó seminario, ó tempo que destacou a relevancia actual da fundación non só por constituí-la mellor forma xurídica para as entidades non lucrativas, senón tamén por ser unha mostra evidente da vitalidade da nosa sociedade civil contemporánea. ■

XORNADAS SOBRE NACIONALIDADE E ESTRANXEIRÍA

(Vigo, 27 e 28 de xuño de 2001)

Juan M. González Hiltner

Político

*«Escoitamos moi diversas linguas,
contemplamos moi diversos trazos.
A angustia nos rostros de todos.
Esa angustia que non é máis có
temor ó que se desexa».*

Kierkegaard

As migracións non son un fenómeno recente. O ser humano, dende as súas orixes, caracterizouse pola súa mobilidade, tanto individual coma colectiva, na busca sempre de mellora-la súa situación. O movemento migratorio máis importante dos derradeiros séculos comezou por mor do descubrimento de América en 1492. Entre os séculos XVI e XVIII, de dous a tres millóns de europeos establecéronse naquel continente (na súa maioría man de obra contratada) e sete millóns de africanos foron levados como escravos.

Os grandes movementos de poboación no espazo estiveron sempre na historia baixo o influxo dos procesos de colonialismo, industrialización e emerxencia das nacións-estado e do desenvolvemento capitalista do mercado mundial (ondas migratorias dos pobos xermánicos cara ó sur, dos pobos árabes cara a Europa, de Europa cara a América, ou de Europa do sur cara ó norte de Europa...)

Non constitúen polo tanto, como xa dixeramos, un fenómeno novo. Nos derradeiros dous séculos e medio máis de 350 millóns de persoas abandonaron o seu país de orixe e convertéronse en emigrantes. Deles, case a metade eran europeos. Hai a penas dúas décadas, calquera español tiña a experiencia próxima dalgún familiar que marchou a outro país, normalmente de Europa, buscando traballo e mellores condicións de vida. Aínda antes, numerosos españois coñeceron o exilio na América latina, ou emigraron ó outro lado do Atlántico buscando fortuna. É a cara da moeda que vivimos en carne propia ou próxima, do que chamamos inmigración. Pode que mesmo virámo-las súas consecuencias nos que marcharon, nos seus fillos, no ambiente do pobo que quedou sen eles.

Os días 27 e 28 de xuño de 2001 tivo lugar en Vigo, no salón de actos do Ilustre Colexio de Avogados, as xornadas sobre «Nacionalidade e estranxeiría» coa colaboración entre o citado colexio de avogados e a EGAP. Nestas xornadas, en que participaron eminentes xuristas, tratouse un tema de máximo interese e apaixonada actualidade, tendo en conta que a aprobación da Lei de estranxeiría e os recursos interpostos ante esta suscitaron unha polémica xurídica constitucional. Non obstante, a posición xurídica dos estranxeiros vai moito máis alá do devandito debate, presentando non poucos problemas de índole social e económica que requiren o adecuado consenso entre tódalas forzas políticas.

A inauguración das xornadas correu a cargo de Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública. O profesor Bello Janeiro sinalou que a inmigración e o asilo pasaron a ser competencia comunitaria coa entrada en vigor do Tratado de Amsterdam en maio de 1999. A reforma máis importante, dende o punto de vista da mellora dos dereitos da poboación inmigrada, é a feita en España en 1999, dando lugar á Lei 4/2000 e a súa posterior reforma, a Lei 8/2000 sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros e a súa integración social. Sinalou tamén que a reforma da Lei 4/2000 parte da situación e características da poboación estranxeira en España, non só na actualidade, senón cara ós vindeiros anos. Esta lei regula a inmigración dende a consideración desta coma un feito estrutural que converteu España nun país de destino dos fluxos migratorios, debido á súa situación como punto de tránsito cara a outros estados, onde os controis fronteirizos nas rutas dende o noso país foron eliminados ou reducidos substancialmente.

* * * * *

O primeiro relatorio correu a cargo de Pedro García de Vega, catedrático de dereito constitucional da Universidade Complutense de Madrid. A súa lúcida reflexión sobre estranxeiría e globalización constituíu unha

excelente introducción das xornadas. Comezou a súa exposición presentando ámbolos termos: globalización como problema/emigración como problema.

O fenómeno da crise é a falta de conceptualización do problema. As Leis 4/2000 e a 8/2000 de reforma substitúen a Lei de 1985, sendo máis xenerosas, amplas e recoñecedoras dos dereitos dos estranxeiros cá Lei de 1985. Esta última lei foi depurada polo propio Tribunal Constitucional (TC) na medida en que se presentou un recurso de inconstitucionalidade ó que respondeu o TC en 1987. Naquela sentenza o TC dixo claramente que a Lei de 1985 era perfectamente constitucional nas limitacións que realizaba no exercicio de dereitos ós estranxeiros. Así, a lóxica debería levar a que a Lei 4/2000 estaba sometida ó mesmo criterio e presumíase que a constitucionalidade era presuposta.

Dende o punto de vista xurídico a Lei 8/2000 é moito máis xenerosa na regulación dos dereitos fundamentais dos emigrantes en España ca en calquera outro país da Unión europea. O profesor de Vega García pensa que a discusión xurídica cargouse de motivacións políticas. Unha discusión xurídica converteuse nunha discusión política. O que leva a poñer de manifesto como a lóxica xurídica se converte dun xeito definitivo e claro en instrumento para a lóxica política. E esta lóxica política leva máis alá da problemática de se a Lei de estranxeiría é constitucional ou non. É nun mundo globalizado onde se producen estes confusos fenómenos políticos. Esta é unha das verdadeiras circunstancias que conectan estranxeiría e globalización. Polo tanto, entrar en cál é a esencia da problemática da globalización acaso poida ilustrarnos sobre qué é o que está a pasar no mundo que habitamos.

A estranxeiría pódenos servir, en consecuencia, de síntoma para comprende-lo cataclismo social e global en que nos atopamos, pois empezamos a decatarnos dunha serie de fenómenos que doutro xeito resultan inexplicables.

Para o profesor de Vega García existe unha palabra clave: o Estado. A fundamentación e o significado dos dereitos no Estado constitucional que é o noso e que xorde das revolucións burguesas. É dende o Estado onde é necesario realizar unhas consideracións moi elementais á marxe da demagogia utilizada cando se fala dos posibles dereitos dos estranxeiros. Porque se a Lei de estranxeiría española é a máis progresista, ampla e xenerosa do mundo, a discusión sobre os dereitos dos emigrantes é unha discusión banal, na medida en que os inmigrantes legais en España teñen practicamente os mesmos dereitos cós españois.

O problema xorde nas situacións de ilegalidade. É, efectivamente, con relación ós inmigrantes ilegais onde cabe formula-lo problema de limitacións no exercicio de determinados dereitos. E precisamente, ese problema dos inmigrantes ilegais, está resolto no noso ordenamento

porque se vai partir do dato de que o inmigrante ilegal, non polo feito de ser ilegal deixa de ser persoa, e como persoa ten iso que os alemáns chamaron a «intanxibilidade da dignidade da persoa humana» á que asignan determinados dereitos e aínda que sexan ilegais, hai que recoñecer. E estes dereitos indisolublemente unidos á persoa humana están perfectamente recoñecidos na nosa Constitución tamén para os ilegais. As limitacións prodúcense só para unha serie particular de dereitos. E a pregunta que se fai de Vega García é ¿os inmigrantes ilegais en calquera Estado, en canto ocupan situacións de ilegalidade, deben estar protexidos polo dereito coma o resto dos cidadáns? E este é o gran problema no que vai arranca-la construción xurídico política do Estado constitucional moderno. Se nos fixamos na forxa das grandes democracias constitucionais de América e das revolucións burguesas en Europa, o proceso segue canles paralelas. Inspirados na obra de John White *A historia das historias de Nova Inglaterra*, os pais fundadores da Constitución americana, Jefferson, Hamilton, Adams, partiron sempre da distinción de tres momentos conceptual e cronoloxicamente moi ben diferenciados no proceso americano.

Chamóuselle ó primeiro momento «dos dereitos», ó segundo «do pacto social» e en terceiro lugar o momento «do acto constitucional». Esa división tripartita vaise repetir no proceso revolucionario francés. Esa distinción conceptual que rematou sendo cronolóxica, significa que en América non se empezou coa Constitución, a Constitución foi o derradeiro, o primeiro referente foi a «Declaración dos dereitos do pobo de Virxinia», e en Francia o primeiro foi a «Declaración dos dereitos do home e do cidadán» de 1789, e en 1791 aparece a primeira Constitución. Primeiro son os dereitos, despois o pacto social e por último o acto constitucional.

A Constitución aparece en canto forma de vertebración da organización política e da estruturación do Estado ó servizo dos dous supostos iniciais que son os dereitos fundamentais, os dereitos previos, e o mantemento diso que se chamou o contrato social. Non é que os dereitos se creen a través da Constitución, senón que se parte nos procesos revolucionarios burgueses do inicial recoñecemento dos dereitos que lle pertencen ó home polo feito de ser home, de aí que se fale de dereitos humanos, que lle pertencen ó home porque forman parte do estado de natureza. De aí que se fale tamén de dereitos naturais e que sexa case unha perversión da historia rematar falando de dereitos constitucionais, que entraría máis dentro do que os xuristas chaman a «teoría dos dereitos reflexos» ca dentro da «teoría dos dereitos públicos subxectivos» propiamente ditos. Sobre ese esquema conceptual, que era xustamente a tradución de todo o pensamento constitucionalista do iusnaturalismo que se inicia con Grocio e Tomasius e que chega directamente á Revolución francesa onde se dicía «os dereitos do estado de natureza non poden

en ningún caso ser erosionados polo pacto social», salvo en dous autores, onde non cabe falar dunha organización constitucional. En Rousseau, para quen os dereitos se sacrifican á «vontade xeral», e en Hobbes, onde os dereitos se sacrifican ó Leviatán.

O resto do pensamento constitucionalista está montado sobre a idea de que os dereitos propios do estado de natureza, a liberdade natural, non podía ser erosionada polo pacto, pero non podía ser erosionada, en último termo, polo propio acto constitucional. Sobre esa montaxe constitucional, vai xurdi-la forxa do Estado constitucional moderno. Así, os dereitos son previos, os dereitos son absolutos, correspóndenlle ó home polo feito de ser home e non están sometidos a limitación ningunha. O que explica que en América os dereitos non se lle incorporaran ó texto constitucional, coma en Francia as declaracións de dereitos tampouco se incorporaron ás primeiras constitucións, era o previo que en todo momento debía salvagardarse.

A propia experiencia histórica encargouse de demostrar que a boa marcha da organización democrática levaba inexorablemente aparelhada a regulación xurídica dos dereitos. E ós tres anos de aprobarse a Constitución americana xorde a polémica entre os absolutistas e antiabsolutistas en torno ó dereito de liberdade de expresión. Os absolutistas defenden que a liberdade de expresión é un dereito absoluto e os antiabsolutistas din que a liberdade de expresión non é un dereito absoluto. O importante daquela polémica era que se trataba por obrigaón de levar a cabo unha regulación xurídica dos dereitos fundamentais e na primeira emenda os dereitos fundamentais vanse empezar a incorporar ó texto constitucional. Isto explica que os dereitos pasan a ser obrigatoriamente obxecto de regulación xurídica. O propio enriquecemento histórico dos dereitos, tanto en número coma no significado, fai que as colisións dos dereitos sexan cada vez máis complexas, o que determinou que forzosamente os dereitos teñen que organizarse e regularse.

Leibner en Alemaña consagraría esta circunstancia de xeito definitivo conforme un dobre principio de «xerarquía» e de «especialidade». Tódolos dereitos valen en canto dereitos fundamentais na medida en que non lesionen dereitos que son superiores, «principio de xerarquía». Dereitos que son máis especiais, dereitos superiores que lles corresponden ós que se chaman intereses comunitarios. Esa lóxica é a que está a rexe-la vida do Estado constitucional moderno. Esa lóxica é a que está a rexe-las declaracións universais de dereitos.

O conxunto de acordos e tratados subscritos por España lévanos a que os intereses comunitarios sexan tamén protexidos, considerados como superiores moitos dos dereitos individuais. En tódalas disposicións internacionais aparece a cláusula que di que os dereitos valen tanto en canto non vaian contra a lei ou contra os intereses da vida democrá-

tica. Máis ou menos, os intereses da vida democrática aparecen consagrados en tódalas declaracións internacionais. Así, o vello e arcaico principio romano de *salus populus suprema legesta*, que a saúde do pobo sexa a suprema lei, está encarnada na propia lóxica da democracia moderna.

Así as cousas, chegouse a manter que os dereitos son obxecto de limitacións e de regulación xurídica, que caben limitacións pola lei para o exercicio de determinados dereitos, e así se chega á conclusión definitiva, non se pode converte-lo mundo do dereito nunha selva, onde as situacións de ilegalidade, recoñecidas e establecidas polo propio dereito, poidan ser convertidas en situacións xeradoras de dereitos, e menos de dereitos fundamentais.

Nesta situación obrigada de ordenación do mundo do dereito, a lóxica xurídica vese substituída pola lóxica política. Esta substitución, é o que constitúe un dos síntomas verdadeiramente terribles do fenómeno da globalización, e que nos sitúa ante un problema máis profundo. O problema é que admitindo que o dereito ten que ser obxecto dun fenómeno de racionalidade, onde haxa unha lóxica xurídica, cando esta se rompe é que estamos xerando o caos xurídico e a desorde política.

A globalización é un fenómeno resultado da revolución cibernética. Esta revolución eliminou as nocións de espacio e tempo. Podemos dicir que todos somos emigrantes nun mundo cada vez máis coñecido e que falar de integración dos emigrantes supón falar do tipo de integración desexado.

A consecuencia desta difuminación do tempo e do espacio, é que a política vaise substituíndo como creación humana con proxección histórica converténdose nunha pura administración do presente. A perda de separación entre esquerdas e dereitas xa non é unha separación de carácter espacial, senón, ante todo, unha separación de carácter temporal. Isto é o que se chama pensamento único, e precisamente é único porque non hai tempo. E como se trata de administra-lo presente, o pensamento do politicamente correcto e o pensamento único é unha redución, outra consecuencia grave da globalización.

O dereito tamén deixa de xogar co tempo, e así descubrimos que a esencia do racional tamén se rompe. O dereito perde certeza e o dereito non dá seguridade. A racionalidade do dereito era para Ihering xustamente isto, certeza e seguridade.

Dende a lóxica política deberíamos chegar á conclusión da absoluta reivindicación da idea de estado, porque este fenómeno da globalización non é un fenómeno novo. Pero tampouco podemos renunciar ó recoñecemento do Estado que de momento non ten substituto. O porvir terá que facerse crendo na organización política onde unicamente cabe organizar dunha forma racional dende o punto de vista xurídico a convivencia colectiva.

Mesa-coloquio: Estranxeiría e nacionalidade

Ó longo da seguinte hora tratáronse distintos aspectos relacionados coa nacionalidade e a estranxeiría por parte de especialistas na materia.

Interviñeron:

D. José M^a. Espinar Vicente, catedrático de dereito internacional privado e secretario do Consello Social da Universidade de Alcalá de Henares.

A exposición do profesor Espinar Vicente, xirou en torno á Lei 4/2000 e a súa reforma, a Lei 8/2000, explicando cáles son ó seu entender as carencias de ambas. Por unha parte institucionaliza a creación de bolsas de marxinación ó deseñar un modelo de inmigración inintegrable. Isto é consecuencia do prezo que o combate político lles fixo pagar ó debate xurídico, e especialmente ó pensamento constitucional.

Segundo o artigo 7 do Estatuto dos traballadores terán dereito para contratar laboralmente os traballadores estranxeiros que obtiveran un permiso. Recoñece unha serie de capacidades, así, e un contrato de traballo nulo xera tódolos dereitos beneficiosos para o traballador, polo tanto aí non existe ningún problema de conciencia. É dicir, podíase actuar sobre a capacidade contractual do traballador estranxeiro sen diminuír ningún dos dereitos durante o tempo do seu traballo.

Se non invalida o contrato, existe un contrato de traballo, e se alguén ten un contrato de traballo é un traballador. Desá conclusión derivase que os poderes públicos deben interpreta-lo ordenamento xurídico de acordo coa Constitución, e a Constitución ten unha norma hermenéutica contida no parágrafo segundo do artigo 10 que se refire ós convenios internacionais, que vinculan España no recoñecemento dos dereitos básicos do traballador como os de sindicación e folga. Polo tanto, aplicándolle o sistema xurídico sen ningunha modificación nin tacha de inconstitucionalidade á lei, todo o que teña subscrito un contrato de traballo en España ten dereito a sindicarse e a declararse en folga.

Outro exemplo aínda máis evidente é que os españois e os estranxeiros somos iguais para os efectos fiscais. O feito imponible non depende da nacionalidade da persoa que o configura. A obrigaón tributaria naceu da configuración dun feito imponible. Entón, tanto en canto a impostos da renda coma do resto dos impostos utilizouse como criterio de suxeición persoal o da residencia, nunca o da nacionalidade.

Para rematar, o profesor Espinar Vicente, afirma que a Lei de estranxeiría non é inconstitucional se a Constitución non prohibe a estupidez. Se se utilizan os mecanismos técnico-científicos dos que se dispón pódese chegar a conclusións de aplicabilidade da lei máis razoables. Mostrou a súa desconformidade co problema que formula o título 2º da Lei de estranxeiría, na entrada e establecemento dos estranxeiros. En definitiva está en conexión co artigo 19 CE, que esixe lei para regular estas

cuestións. A lei o que fai é constantes remisións ó regulamento para deslegalizar unha materia que constitucionalmente ten reserva de lei no artigo 19. O lexislador non quere establece-las condicións, xa que quere un deseño fluído que lle permita facer con cada individuo inmigrante o que queira no momento que queira.

D. Francisco Fernández Segado, catedrático de dereito constitucional da Universidade Complutense de Madrid.

O profesor Fernández Segado reflexionou en torno á constitucionalidade da Lei orgánica 8/2000. Na súa opinión a Constitución prevé con notable amplitude os dereitos dos estranxeiros. E esta pauta non se viu alterada polo desenvolvemento lexislativo que neste ámbito se lle deu á Constitución. A este respecto, a Lei 8/2000 aséntase nun réxime de absoluta paridade entre os españois e estranxeiros en situación de legalidade no exercicio dos dereitos e liberdades. Tras expoñer criterios hermenéuticos, concluíu categórica e inequivocamente: a nosa lexislación en materia de estranxeiría é, probablemente a máis avanzada de Europa.

D. Alberto Pérez Calvo, catedrático de dereito constitucional da Universidade Pública de Navarra

O profesor Pérez Calvo realizou unha valoración xeral do réxime dos dereitos fundamentais dos estranxeiros en España segundo a Lei orgánica 8/2000 de estranxeiría, con especial referencia ós dereitos de reunión, manifestación, asociación, sindicación e folga. Sinalou que a LO 7/1985, en relación con estes dereitos fundamentais, esixía a situación legal do estranxeiro para poder gozar dos dereitos de reunión, manifestación, asociación, sindicación e folga.

Quince anos máis tarde, a LO 4/2000 do 11 de xaneiro, modificou neste aspecto drasticamente a lei anterior xa que deixou de esixir a situación legal do estranxeiro en España para poder exercitar estes dereitos.

Finalmente, a actual LO 8/2000, en relación cos dereitos analizados, volve á situación anterior na medida en que para o seu exercicio esixe a autorización de estancia ou residencia en España, ou sexa, a de atoparse en situación legal. Ademais, para poder exercer legalmente o dereito de folga, precísase tamén a «autorización para traballar», tal como se expresa na nova redacción.

En realidade, a lei actualmente vixente mantén a maioría das modificacións feitas pola lei que reforma, de modo que non significa a volta ó réxime de 1985 sen máis, aínda que si que se produce unha modificación en relación co requisito de estancia legal para o exercicio dos dereitos fundamentais.

Fernando Reglero Campos, catedrático de dereito civil da Universidade de Castela-A Mancha.

A sesión matinal concluíu coa intervención dedicada a adquisición

por residencia, a «efectividade» como proba de integración na sociedade española.

A adquisición da nacionalidade española adquirese por residencia en España nas condicións previstas polo artigo 22 Cc, e segundo os trámites sinalados pola lexislación do Rexistro civil (art. 63 a 68 Lrc e 220 a 237 Rrc). Este é, con diferenza, o xeito de acceso máis frecuente dos estranxeiros á nosa nacionalidade.

Os presupostos de adquisición da nacionalidade por esta vía son bastante numerosos e de moi diversa índole. En primeiro lugar debe ser obtida a concesión polo Ministerio de Xustiza, logo da solicitude do interesado. Unha vez obtida, este deberá cumprir os trámites previstos no artigo 23 Cc. Para a obtención da concesión deberán cumprirse unha serie de requisitos:

a) En primeiro lugar, requisitos de carácter obxectivo, como son a residencia en España durante período de tempo determinado, de xeito legal, continuado e inmediatamente anterior á solicitude (art. 22, aptdo. 1 e 2 Cc).

b) En segundo lugar, o interesado debeu observar unha boa conducta cívica e un suficiente grao de integración na sociedade española (art. 22.4 Cc).

Trala concorrencia dos requisitos anteriores, o M^o de Xustiza concederá ou denegará a concesión. A denegación da concesión deberá estar fundada en motivos razoados de orde pública ou de interese nacional (art. 21.2 Cc); unha denegación que, segundo o Rrc non estaba sometida a motivación (art. 223, derradeiro parágrafo Rrc), pero que agora si o está.

De acordo con isto último, sinalouse que o estranxeiro que reúna os requisitos obxectivos para adquirirla nacionalidade por residencia non ten un dereito subxectivo, ó estar sometida a súa efectiva adquisición á concesión por un órgano administrativo. Sen embargo, o feito de que a denegación por razóns de orde pública ou interese nacional ha ser suficientemente motivada reduce de xeito considerable a compoñente discrecional da decisión administrativa, de xeito que cando non existan tales razóns, a concesión non poderá ser denegada. Así o proba o feito de que a denegación é revisable polos tribunais.

En canto ós prazos de residencia en España, o Código civil establéceos atendendo a certo tipo de situacións en que se poida atopalo solicitante da nacionalidade. O prazo xeral é de dez anos. Este prazo redúcese a cinco anos para os que obtiveran asilo ou refuxio¹. A dous cando

¹ Trátase dunha novidade introducida pola reforma de 1990. Para determinalos que teñen a condición de *asilado* ou *refuxiado* debe acudirse á Lei 5/1984, do 26-III, reguladora do dereito de asilo e da condición de refuxiado, reformada pola Lei 9/1994, do 19 de maio.

se trate de nacionais de orixe de países iberoamericanos, Andorra, as Filipinas, a Guínea Ecuatorial ou Portugal ou de sefardís; e a un para outros casos², entre os que agora nos interesa o nacido fóra de España de pai ou nai que orixinariamente foran españois.

A adquisición da nacionalidade española polos descendentes de emigrantes atravesou por non poucas vicisitudes ó longo das numerosas reformas que experimentou o Código civil en materia de nacionalidade. A previsión do artigo 22.2.f) Cc está a pensar sobre todo nos descendentes de emigrantes de españois de segundo e terceiro grao (os chamados, estes últimos, de *terceira xeración*) nados fóra de España, aínda que se parte da situación básica do español que emigra con fillos tamén españois. Unha situación extensible ós fillos de nai orixinariamente española casada con estranxeiro, e que seguiran a nacionalidade do home, porque nestes casos, antes da entrada en vigor da Lei do 13 de xullo de 1982, os fillos deste matrimonio non adquirían a nacionalidade española, agás que non seguiran a do pai.

O suposto previsto no apartado f) entrou, pois, «materialmente en vigor» unha vez vencidos os prazos para o exercicio do dereito de opción a que se referían as citadas disposicións transitorias. Polo demais, os que dispuxeran do dereito de opción e non o exercitaron, atópanse tanto na situación considerada no apartado f) coma no apartado b) do artigo 22.1 (residencia dun ano para os que non exercitaran oportunamente a facultade de optar). En definitiva, desaparecido o dereito de opción, os fillos ou netos de emigrantes só poden adquiri-la nacionalidade española por residencia, (art. 22.2.f).

Malia o sinalado nas xustificacións ás prórrogas do dereito de opción, o certo é que os colectivos de emigrantes fixéronlle chegar ó Consello da Emigración o seu desexo de que se suprimira o sistema de prazos preclusivos de opción establecidos polas leis anteriormente sinaladas. Ademais, o retorno dos emigrantes (incluíndo os seus descendentes) é algo que, por mandato do artigo 42 Cc, debe orienta-la política do Estado nesta materia; unha liña que debe estenderse a facilita-la recuperación da nacionalidade española e a súa adquisición polos seus descendentes (polo menos ata un certo grao), e que se cumpre moito mellor coa fórmula da opción ca coa de residencia. Neste sentido, cambia-la primeira pola segunda constituíu un claro retroceso.

² Ó quen non exercitase oportunamente a facultade de optar; quen estivese suxeito legalmente á tutela, garda ou acollida dun cidadán ou institución españois durante dous anos consecutivos; quen ó tempo da solicitude levara un ano casado con español ou española e non estivera separado legalmente ou de feito, ou viúvo ou viúva de española ou español.

Así, debe aplaudirse a proposta do Grupo Parlamentario Popular no Congreso dos Deputados o 12 de marzo de 2001 no sentido de volver á fórmula da opción. Proponse unha nova redacción do artigo 20 Cc, en que queden incluídas tales persoas. En concreto, o texto proposto é o seguinte: «1. Teñen dereito a optar pola nacionalidade española: ... b) Aquelas (persoas) cun pai ou unha nai que foran orixinariamente españois e nados en España».

As razóns polas que se propoñen estas medidas, e outras dirixidas á conservación e recuperación da nacionalidade española polos emigrantes e fillos de emigrantes, atópanse perfectamente expresadas na exposición de motivos da proposición de lei, en que se fai referencia ó mandato do artigo 42 CE cando lle encomenda ó Estado a misión de velar pola salvagarda dos dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro, á que engade a obriga de orientala súa política cara ó seu medio.

Sen embargo, o feito de que se esixa, ademais de que o pai ou a nai foran orixinariamente españois, que naceran en España, supón unha clara restricción para a adquisición da nacionalidade española por esta vía dos chamados emigrantes de terceira xeración, singularmente os fillos estranxeiros de españois nados no estranxeiro e que perderan a nacionalidade española ó tempo do nacemento daqueles. Sen embargo, esta previsión atópase compensada coa proposta de conservación da nacionalidade española mediante unha simple declaración de vontade ante o encargado do Rexistro civil.

A proposición de lei de modificación do Código civil en materia de nacionalidade presentada polo Grupo Parlamentario Popular no Congreso, engádelle os requisitos da residencia en España a «efectividade» (art. 22.3 Cc).

Seguramente o propósito que se persegue é recalca-la idea do carácter físico da residencia en España como proba da vontade do interesado de integrarse na comunidade española. Neste sentido, residencia efectiva ha ser residencia non só formal, senón permanencia física no territorio español.

A interpretación do termo «residencia» poñerase en íntima conexión co requisito do suficiente grao de integración na sociedade española, que esixe o artigo 22.4 Cc. Trátase dun concepto xurídico indeterminado que esixe o exame das circunstancias que concorren en cada caso concreto. Así o sinalaron as sentencias que trataron esta materia, segundo as que este requisito lles esixe a concreción axeitada ás circunstancias concurrentes en cada caso, e a súa valoración débelle levar a unha solución xusta, xurisdiccionalmente controlable, quedando excluída a discrecionalidade da Administración (Sentencia Audiencia Nacional contencioso-administrativa –secc. 3ª–, do 7 de decembro 1999 /RXCA 1999, 4451).

ción mediante a atribución pola denominada posesión de estado regulada polo art. 18.

Por último atopámonos coa reforma introducida pola Lei 29/1995 do 2 de novembro que modifica o art. 26 relativo á recuperación da nacionalidade española, co fin de eliminaren para os emigrantes e os seus fillos o requisito, ata entón dispensable polo goberno, da residencia legal en España.

En canto á situación actual da regulación da nacionalidade, no artigo 11.1 CE³, o lexislador limitouse a transcribi-lo texto da CE de 1869. Quere dicir que estamos ante unha materia que é obxecto de reserva de lei.

A doutrina vén distinguindo tradicionalmente entre os modos de adquisición da nacionalidade uns modos orixinais e uns modos derivativos. Uns modos orixinais porque a persoa que adquire a nacionalidade é orixinal, é dicir, que a nacionalidade é unha calidade xurídica da persoa. Dende o momento en que unha persoa nace e ten os requisitos do art. 30 Cc xa ten nacionalidade.

Estes modos orixinais son dous, o *ius sanguinis* e o *ius soli*, aínda que o primeiro debería empezar a chamarse doutro xeito, se temos en conta as técnicas de reprodución asistida. O *ius sanguinis* referencia á filiación, o feito de que o pai sexa español determina que o fillo sexa español e o mesmo coa nai. O *ius soli*, o lugar de nacemento, é hoxe subsidiario do *ius sanguinis*, aínda que historicamente non fora así.

Os modos derivativos baséanse en que non se nace coa nacionalidade española senón que se adquire despois.

O profesor de Vargas y Muñoz estendeuse no tema da nacionalidade española de orixe e sinalou que, tradicionalmente, a nacionalidade de orixe foi máis sólida cá que se adquiría derivativamente. Así os artigos 11.3 CE⁴ e 11.2 CE⁵ manteñen a diferenciación entre españois, o mesmo cós artigos 17.2 e 19.1 e 2 do Cc. Isto é ó que se lle chama situacións de adquisición da nacionalidade española de orixe, pero de carácter ficticio.

Do artigo 11.3 CE derivase que os españois que teñan dúas nacionalidades non teñen escurecida a nacionalidade española. Hoxe, sen que medie convenio, un español pode adquiri-la nacionalidade destes países

³ Art. 11.1 CE: «A nacionalidade española adquirese, consérvase e pérdese de acordo co establecido pola lei».

⁴ Art. 11.3 CE: «O Estado poderá concertar tratados de dobre nacionalidade cos países iberoamericanos ou cos que tiveran ou teñan unha particular vinculación con España. Nestes mesmos países, aínda cando non lles recoñezan ós seus cidadáns un dereito recíproco, poderán naturalizarse os españois sen perde-la súa nacionalidade de orixe.»

⁵ Art. 11.2 CE: «Ningún español de orixe poderá ser privado da súa nacionalidade.»

iberoamericanos ou de países cos que España tivera especial vinculación, sen que por isto perda a nacionalidade española.

Respecto da residencia legal fixo unha referencia ó artigo 22.3 do Cc⁶ e ó artigo 29 da Lei orgánica 4/2000 sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social. Existen dúas posturas doutriniais. A primeira afirma que só residen legalmente en España os que teñen un permiso de residencia segundo a lexislación de estranxeiría en España. Este é o criterio adoptado polo Tribunal Supremo (Sentencia 19 de setembro de 1988), non basta calquera estancia ou permanencia no territorio español, aínda que sexa legal (corpo diplomático, forzas estranxeiras, etc), senón que ha tratarse de residencia legal entendendo por tal unicamente a que se atopa amparada polo correspondente permiso de permanencia ou autorización de residencia segundo a lexislación de estranxeiría. Isto é o que hai que entender por residencia legal.

A segunda postura doutrinal, dende o punto de vista civil, afirma que hai residencia legal cando o estranxeiro reside de feito en España, aínda que non teña o permiso concedido segundo a Lei de estranxeiría, é dicir, sempre que estea asentado residiría legalmente en España. O profesor de Vargas y Muñoz pensa que esta formulación non é facilmente defendible e adopta a primeira postura doutrinal, sempre que sexa corrixida por criterios de prudencia porque se non levaríanos a situacións que a lóxica máis elemental rexeita. Finalizou sinalando que polo art. 22.3 a residencia debe ser continuada, é dicir, cando o estranxeiro ten a morada permanente en España.

Clausurou a primeira xornada o profesor Jacinto Gil Rodríguez, que lles dedicou o groso da súa exposición ás propostas de reforma da nacionalidade dende a perspectiva da emigración, as razóns que se dan para a reforma e dos antecedentes que impulsan esta reforma.

Comezou dicindo que son varias as proposicións de reforma que cabe tomar en consideración de cara á regulación inmediata da nacionalidade. En primeiro lugar está a proposición de lei do Partido Popular (PP) no Congreso do 12 de marzo de 2001 publicada no BOE o 16 do mesmo mes. Esta proposición indícanos-la seriedade da reforma e un probable contido desa reforma, polo que fixo unha serie de consideracións xerais.

Esta proposición de lei optou por segui-la canle tradicional en dous aspectos. Un primeiro aspecto claro é que se dispón a reforma-lo texto articulado do Código civil sen atende-las solicitudes a favor da redacción dunha nova lei especial ou un código da nacionalidade española. Un segundo aspecto, aínda que menos significativo, é que en vez de op-

⁶ Art. 22.3 Cc: « En tódolos casos a residencia haberá ser legal, continuada e inmediatamente anterior á petición.»

tar por un proxecto de lei, adopta a fórmula, xa inveterada na reforma da nacionalidade, dunha proposición de lei que sae do propio grupo parlamentario.

A proposición de lei do grupo popular non é a única que está viva neste momento, xa que existe outra do PSOE do 20 de febreiro de 2001, coetánea con esta, e alternativa no seu deseño. É ademais, reiteración doutras dúas do PSOE e de IU (xa caducada). Teñen importancia estas proposicións de lei (PSOE e IU), aínda que non cheguen a ser artigos reformados do Cc, porque a elas, incluída a do PP, debía referirse o Consello da Emigración cando en 1999, no terceiro Pleno celebrado na Illa da Toxa, valorou o traballo realizado polos grupos parlamentarios. O Consello da Emigración fai súa parte das pretensións formuladas. Sen embargo, a que nos guía é a do PP, xa que, probablemente será a que se aprrobe, dada a maioría absoluta do PP no Congreso dos Deputados.

Así, o texto da Proposición de lei do 12 de marzo de 2001 ten unha exposición de motivos significativa do que vén despois. Desta exposición de motivos, o profesor Gil Rodríguez, destaca tres ideas. Unha primeira é a frecuencia dos cambios lexislativos que se dan nesta materia, das múltiples reformas que sufriron os artigos do Cc reguladores da nacionalidade española dende a súa promulgación en 1889 ata os nosos días. O salientable é que di que estas múltiples reformas obedeceron a unha dobre razón: unha primeira razón é a de adapta-lo novo Código civil ás novas realidades; a segunda razón da reforma é, sobre todo dende 1978, atende-los preceptos constitucionais. Estas son as razóns que moven á reforma, pero o profesor Gil Rodríguez, cre que hai unha terceira razón que a propia exposición de motivos no apartado terceiro deixa caer, son as chamadas melloras técnicas.

A segunda idea é que esta reforma en concreto vén a conto de cumprir-lo mandato constitucional do artigo 42⁷. Facilita-la conservación e transmisión da nacionalidade española é, sen dúbida, unha forma eficaz de cumprir este mandato e este é o principal obxectivo da presente lei. É dicir, autoproclámase cumpridora da protección ós emigrantes e do favorecemento do seu retorno.

E a terceira idea extráese do apartado II que remite ou busca lexitimación en determinados acontecementos xurídicos, sociais e parlamentarios dos que saca impulso. Remítese ó informe da Subcomisión do Congreso dos Deputados creada para o estudo da situación dos españois que residen no estranxeiro e, por outro, ás reclamacións que estes lle fixeron chegar ó Consello da Emigración pedindo que se superara o

⁷ Art. 42 CE: «O Estado velará especialmente pola salvagarda dos dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro e orientará a súa política cara ó seu retorno.»

sistema de prazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente polas leis 18/1990, 15/1993 e 29/1995. É dicir, busca lexitimación e non a atopa nesas dúas fontes (informe da Subcomisión e Consello da Emigración). Xa que, tanto o informe *ad hoc* coma o Consello da Emigración poden darlle apoio en todo o referido á adquisición, conservación e recuperación da nacionalidade, demandas feitas polos emigrantes. Pero dificilmente se pode atopar aí apoio para introducir reformas que establecen causas de perda da nacionalidade española, cousa que non piden os emigrantes. Agora adquire importancia a terceira razón, as melloras técnicas. É dicir, non se pode colgar do art. 42, non sería delicado remitir estas reformas de novas causas da nacionalidade ás melloras técnicas, que é o que probablemente se quería insinuar.

Pero ademais existen outro par de referencias ou motores que teñen importancia para xulga-la coherencia da reforma cos puntos de partida. O profesor Gil Rodríguez fala de catro referencias previas en que podemos examina-la coherencia da reforma.

Primeiro o informe da subcomisión *ad hoc*. Esta subcomisión constitúese a iniciativa do PSOE en 1996 e ten vida e prolóngase ata 1998 en que rende o informe. Informe ó que se vincula a proposición de lei do PP, e que fai dúas recomendacións: o voto dos emigrantes e a nacionalidade. En canto ó que nos interesa, a nacionalidade, di que hai que facer unha lei da nacionalidade. O profesor Gil Rodríguez propón nun futuro sacalos art. 17 a 26 do Cc de onde están e levalos a un código da nacionalidade, unha lei especial que regule a nacionalidade, que é unha das recomendacións do informe. En concreto, recomenda que se lles posibilita a recuperación da nacionalidade española ós españois ou descendentes e que se lles permita a compatibilidade da nacionalidade española coa doutro país se o español se viu obrigado a toma-la estranxeira.

A segunda referencia invoca as peticións, os consellos, as reclamacións, as instancias do 5º Pleno do Consello da Emigración⁸ que chega a acordos que concretan moito o que había que reformar da nacionalidade con relación ós emigrantes. Son tres as cousas que se piden: que o español poida conserva-la súa nacionalidade cando se fai cidadán doutro país; que se lles permita a recuperación ou obtención da nacionalidade española ós españois de orixe ou descendentes ata o 2º grao de consanguinidade, sen límite de prazo e sen ter que renunciar á súa nacionalidade actual; piden que este dereito de obtención, pola vía da opción, sen prazo e sen renuncia á propia nacionalidade sexa autorizado ós descendentes de españois, aínda que eses españois perderan, ó nacemento destes segundos, a súa propia nacionalidade.

⁸ Organismo Consultivo do Ministerio de Trabajo e Asuntos Sociais.

Hai un terceiro motor que aparece, oblicuamente, na exposición de motivos desta proposición de reforma, unha moción do Pleno do Congreso dos Deputados adoptada o 18 de outubro de 2000, por consenso de tódolos grupos parlamentarios. É o Grupo Mixto quen interpela o Goberno sobre as medidas que pensa adoptar para mellorar xuridicamente e economicamente a situación dos emigrantes españois. O Congreso acepta, co acordo de tódolos grupos parlamentarios, esa moción e insta o Goberno, entre outras cousas, sobre as cuestións referidas nos puntos 3 e 6. No primeiro, punto 3, insta o Goberno a que inicie as reformas modificativas dirixidas a facilita-lo voto dos emigrantes. No punto 6 insta o Goberno para que promova as modificacións legislativas necesarias para «facilita-la recuperación da nacionalidade, así como a obtención desta para os seus descendentes.»

A cuarta pata da mesa, que debería se-lo máis definitivo para a proposición de lei do grupo popular, serían as promesas electorais do ano 2000 do programa «Aznar 2000», continuadoras do programa do ano 1996. Comprométese a seguir promovendo as medidas que faciliten a obtención da nacionalidade española dos fillos de emigrantes e, en especial, comprométese á supresión da obriga de renuncia á nacionalidade estranxeira ó optar pola española. Estes son os elementos de contraste para examinar se se cumpriron tódalas expectativas da proposición de lei do PP.

O artigo 20 Cc dálle resposta a unha das cuestións referidas, é dicir, que ós descendentes de emigrantes se lles tenda unha ponte para conseguila nacionalidade española (non a de adquisición por residencia)⁹. Segundo o profesor Gil Rodríguez, non fai falta elimina-la obriga de residir en España nin sequera un ano, senón acceder á nacionalidade española por unha canle máis abreviada, «máis espiritual, máis virtual» nas súas palabras. Esa canle máis virtual consiste nunha posta a disposición da nacionalidade española para que o fillo ou descendente de emigrante simplemente diga que quere ser español e así sexa. É dicir, sería «a opción» tecnicamente. Isto é o que ofrece o artigo 20. Deste artigo destaca que é unha canle vantaxosa. A opción conduce a unha nacionalidade española de «baixa intensidade», non orixinaria; ó ser español non orixinario, pode supoñer unha nova causa de perda da nacionalidade española (art. 25 Cc).

Concluíu a súa intervención dicindo que seguimos sen saber, pese á exposición de motivos, a qué obedecen as novas causas de perda da nacionalidade¹⁰. Tamén segue sen explicarse por qué se introduce a nova

⁹ O art. 22 Cc permite que cun ano de residencia en España o fillo de español orixinario poida acceder á nacionalidade española.

¹⁰ A do artigo 24 Cc, causa específica para o neto de emigrante, o nacido de español orixinario que á súa vez nacera fóra de España. Este neto de emigrante vai perde-la nacionalidade española ó terceiro ano da súa emancipación ou maioría de idade.

causa do art. 25 Cc para os non orixinarios. Hai aquí unha elipse, unha ocultación dun paso intermedio e é que o art. 24 tamén se reforma para peor, ó introducir unha nova causa de perda. E en coherencia con todo isto, co establecemento do art. 24.4 Cc refórmase tamén o artigo 25 Cc.

A sesión matinal comezou coa interesante intervención, da recoñecida experta, a profesora Aurelia Álvarez Rodríguez, profesora titular de dereito internacional privado da Universidade de León, que lle dedicou o seu relatorio á relación entre a dobre nacionalidade e emigración.

Deixando a un lado os antecedentes históricos da dobre nacionalidade, a norma base na materia atopámola no artigo 42 da nosa lei fundamental ó establecer entre os principios rectores da vida social e económica española que:

«O Estado velará especialmente pola salvagarda dos dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro e orientará a súa política cara ó seu retorno».

Este precepto constitucional impón como principio rector da vida social e económica española a salvagarda dos dereitos dos traballadores españois mentres residan no estranxeiro e a orientación do retorno deles cando desexen regresar ó territorio español.

A interrogante acerca dos medios foi resolta recorrendo ben ó dereito de estranxeiría ou ben ó dereito da nacionalidade. No primeiro dos sectores, as vías de reciprocidade diplomática ou lexislativa e incluso a xurisprudencial axudan a diminuí-las eventuais discriminacións dos emigrantes españois no país receptor; e o dereito da nacionalidade, a través do cal tamén se pode acadalo dobre obxectivo previsto no art. 42 da CE; pois en virtude da incorporación dun procedemento privilexiado de recuperación da nacionalidade para os emigrantes facilítase o retorno; e mediante a obtención da dobre nacionalidade, prevista no parágrafo 3º do art.11 CE¹¹, poden ser eliminadas tódalas discriminacións sufridas polos nosos traballadores no estranxeiro.

Este parágrafo, núcleo central do noso sistema, abriu novas posibilidades. Dun lado, configura a dobre nacionalidade convencional cunha gran flexibilidade, ó permitir que o Estado español concerte convenios de dobre nacionalidade non só con países iberoamericanos, senón tamén con todos aqueles países «que tiveran ou teñen unha particular vinculación con España». E ademais, o seu inciso final instaura unha dobre nacionalidade que non esixe a existencia dun tratado para que se produza.

¹¹ Art. 11.3 CE: «O Estado poderá concertar tratados de dobre nacionalidade cos países iberoamericanos ou con aqueles que tiveran ou teñan unha particular vinculación con España. Nestes mesmos países, aínda cando non lles recoñezan ós seus cidadáns un dereito recíproco, poderán naturalizarse españois sen perderen a súa nacionalidade de orixe».

O primeiro efecto da dobre nacionalidade convencional é que a adquisición de nacionalidade estranxeira non produce perda da nacionalidade primitiva. Sen embargo, o noso sistema caracterízase fundamentalmente porque os binacionais «non poderán estar sometidos simultaneamente ás lexislacións de ámbalas dúas partes contratantes». Así pois, faise unha distinción entre os dous vínculos de nacionalidade, un é o que efectivamente pode exercerse, o verdadeiramente activo; o outro está nun estado latente ou de hibernación que a penas ten eficacia.

Esta situación choca frontalmente coa dobre nacionalidade automática establecida no noso país con respecto ós países iberoamericanos ou particularmente vinculados a España (art.11 CE desenvolvido no art. 24.2 Cc e no procedemento especial de recuperación), en que non se lle esixe ó emigrante o retorno a territorio español ó non impoñerse o requisito da residencia legal en España; por outra parte, os que recuperan a nacionalidade española non necesitan renunciar á iberoamericana polo que tamén gozan de dúas nacionalidades, pero neste caso ámbalas dúas son operativas.

Á vista desta contradición existente entre os dous supostos de dobre nacionalidade o propio centro directivo propuxo a necesidade de compatibilizar ámbolos sistemas. A forma de lle poñer fin á diverxencia de criterios en virtude do apuntado na *Instrucción DXRN do 16 de maio 1983* ó sinalar que:

«podería atoparse a través das consultas periódicas que os convenios de dobre nacionalidade prevén con obxecto de interpretar, ampliar ou modifica-lo seu contido».

A solución podería vir dada por dúas vías diferentes: a primeira, a óptima, sería dar unha resposta por parte das autoridades españolas para eliminar unha posible vulneración do art. 14 CE. A segunda, no aspecto individual, polo menos dende unha postura teórica, poderíase renunciar ós beneficios do convenio o que provocaría a perda da nacionalidade española e, simultaneamente, solicita-la recuperación desta nacionalidade.

Respecto das proposicións de lei, para modifica-lo Código civil en materia de nacionalidade, a profesora Álvarez Rodríguez parte da base da conveniencia de proceder a unha revisión global non parcheada o que esixiría partir dun proxecto de lei de reforma do dereito español da nacionalidade baixo os auspicios do Ministerio de Xustiza que propicie unha regulación completa fóra do Código civil en que se tiver en conta especialmente o Convenio do Consello de Europa sobre nacionalidade do 6 de novembro de 1997.

No ordenamento español deben modificarse os principios actualmente vixentes. Agora ben, o cambio esixe reflexión, pois as actuais nor-

mas de nacionalidade non semellan estar demasiado claras ó non cumpren a finalidade de protexe-los emigrantes e os seus descendentes. É posible superar algunhas deficiencias actuais con medidas que practicamente non implican verdadeiros cambios legislativos.

É preciso regular con claridade a perda da nacionalidade. Dende logo, se se adquire a nacionalidade doutro estado por razón de emigración non se pode pensar que estamos ante unha adquisición voluntaria que implique a perda da española. No caso de que xa se producira a perda, débese establecer un procedemento de recuperación que non lles esixa vivir en España como estranxeiros xa que gozan dun dereito subxectivo a seren españois. Débese establecer unha institución que esixa só unha declaración e inscrición no rexistro. Polo tanto, eliminación da residencia legal en España e da renuncia á nacionalidade anterior.

Isto realmente pódese lograr por dúas vías que regulen con carácter xeral ou especifiquen o tema para os emigrantes. A profesora Aurelia Álvarez Rodríguez é partidaria da primeira opción, pois entre menos especialidades mellor se poden regular as regras xerais. Tódolos españois que queiran deixar de selo tendo outra nacionalidade só a perderán se renuncian expresamente á nacionalidade española ante as autoridades españolas. En ausencia desta declaración mantense a nacionalidade española. Esta é a regra para os casos de certos países, ¿non se pode xeneralizar? pregúntase a profesora Álvarez Rodríguez. En principio non existe ningún inconveniente en instaurala dobre nacionalidade como vehículo de protección dos movementos migratorios. Débese engadir que é a regra para a protección dos traballadores españois no estranxeiro (art. 11.3 in fine da CE) e tolérase no ámbito do Consello de Europa (Convenio do 7 de novembro de 1997).

Continuou a segunda xornada coa conferencia do profesor Federico A. Rodríguez Morata, catedrático de dereito civil da Universidade de Castela-A Mancha, sobre as novas condicións de recuperación da nacionalidade española. Comezou a súa exposición cunha frase dun dos grandes xuristas europeos do século XIX, Rudolf F. Von Ihering: «Os que non tiveran a ocasión de medir experimentalmente a dor causada pola perda da posesión dun ben querido, non saben o que é o dereito, por máis que teñan na súa cabeza todo o Corpus Iuris». Empregou esta reflexión xurídica para constatar que, en materia de nacionalidade, a súa perda é tanto máis dolorosa canto resulta dun acto involuntario ou imposto pola precaria conxuntura económica do noso país nos dous primeiros tercios do século XX ou, mesmo, forzado pola comisión dunha conducta que en cada momento histórico estivo tipificada coa perda da nacionalidade española.

Pois ben, todas estas situacións de perda involuntaria e/ou privación da nacionalidade española, deben distinguirse dos supostos de perda

voluntaria da nacionalidade española; e constitúen o antecedente lóxico ó mecanismo da recuperación da nacionalidade española. En efecto, como resaltou o centro directivo¹², só pode recuperala nacionalidade española quen previamente fora español. De onde se deduce que todo español que perdera –voluntaria ou involuntariamente– ou foi privado da nacionalidade española, pode recuperala conforme o disposto no artigo 26 do Código civil.

A recuperación da nacionalidade supón o exercicio dunha facultade que se concede a quen perdeu a nacionalidade española para volver adquirila, mediante o cumprimento duns requisitos que son distintos segundo cal sexa a causa da perda. Por isto, o exercicio dese dereito de recuperación presupón que o interesado incorreu previamente en causa de perda da nacionalidade española.

A Lei do 15 de xullo de 1954, de reforma do Código civil en materia de nacionalidade, introduciu expresamente a dobre nacionalidade convencional cos países iberoamericanos e as Filipinas (art. 22.4º Cc). Pola súa parte, as Leis 14/1975 e 51/1982 (art. 23.4º Cc) ampliaron o réxime da dobre nacionalidade convencional tamén con Andorra, a Guinea Ecuatorial e Portugal «ou daqueles cos que se concerta un tratado de dobre nacionalidade». Pois ben, polo que respecta ós países iberoamericanos, España subscribiu con base neses preceptos once convenios de dobre nacionalidade con países iberoamericanos que forman parte da chamada «comunidade hispánica», e que ten como finalidade última reforza-los vínculos coa comunidade dos pobos iberoamericanos.

En canto ós requisitos para a recuperación da nacionalidade española, o profesor Rodríguez Morata sinalou que, esta supón o exercicio dunha facultade que se concede a quen perdeu a nacionalidade para volver adquirila, mediante o cumprimento duns requisitos que son distintos segundo cal sexa a causa da perda. Por isto, o exercicio dese dereito de recuperación presupón que o interesado incorreu previamente en causa de perda da nacionalidade española.

En todo caso, a Lei 29/1995, do 2 de novembro, que segue en liñas xerais anteriores Leis 18/1990 e 51/1982, de reforma do Código civil (Cc) en materia de nacionalidade, distingue dúas clases de recuperación que se corresponden coas dúas causas de perda da nacionalidade previstas no artigo 24 do Cc: recuperación voluntaria e por rehabilitación. Noutras palabras, o artigo 26 do Cc prevé a recuperación da nacionalidade para aqueles que a perderan por adquiriren voluntariamente outra de conformidade co artigo 24 do Cc, e posibilita, así mesmo, a recuperación para os españois non orixinarios privados da nacionalidade polas circunstancias previstas no artigo 25 do mesmo Cc.

¹² Resolucións DXRN 5 de marzo 1999 e 14 de xaneiro 2000, entre outras.

O artigo 26 do Cc segue a comprender un requisito material ou substantivo, o da residencia legal en España, e tres requisitos formais que conxuntamente haberán de cumprilos interesados en recupera-la nacionalidade española: a renuncia á nacionalidade estranxeira ante o encargado do Rexistro civil, a declaración ante este de recupera-la nacionalidade española e a inscrición desa recuperación no Rexistro civil.

■ Residencia legal. Primeiro a Lei 18/1990 e máis tarde a Lei 29/1995 atenuaron o rigor do requisito anterior, «residencia continuada durante un ano inmediatamente anterior á petición» da Lei 51/1982, para recupera-la nacionalidade española previamente perdida: é suficiente que ó mesmo tempo da solicitude da recuperación da nacionalidade o interesado resida «legalmente» en España. A «legalidade» da residencia quedará probada cando, ó mesmo tempo da solicitude da recuperación da nacionalidade española, o interesado se provexa do «permiso de residencia» autorizado polo Ministerio do Interior, ou se é o caso, o «permiso de residencia dun nacional dun estado membro da Unión europea».¹³

■ Declaración ante o encargado do Rexistro civil da vontade de recupera-la nacionalidade española. Trátase dunha declaración pola que se manifesta a vontade de recupera-la nacionalidade española previamente perdida e que, en todo caso, haberá de efectuarse dunha forma persoal e solemne, pero sinxela, ante o encargado do Rexistro civil. Esta declaración réxese polas mesmas regras cá declaración de opción do artigo 20 do Código civil.

■ Renuncia á nacionalidade española. Trátase dunha declaración de vontade que haberá de efectuarse simultaneamente á de recuperación e que ten como finalidade a de renunciar á nacionalidade que se tivera no momento da recuperación. Basta coa declaración de renuncia á anterior nacionalidade, calquera que sexa a súa eficacia para a lei nacional anterior do interesado. Exceptúanse da renuncia á nacionalidade anterior os nacionais de orixe («naturais») «de países iberoamericanos».¹⁴

■ Inscrición da recuperación no Rexistro civil. Esta inscrición, que se incorporará no Rexistro civil á marxe do asento de nacemento do interesado, ten carácter constitutivo da adquisición deste estado civil (art 330 Cc), o que vén corroborado polo carácter imperativo do artigo 26 do Código civil.

O artigo 26 do Código civil prevé dúas clases ou modos de recupera-la nacionalidade española: voluntaria, prevista no artigo 26.1 Cc; e por rehabilitación, referida no artigo 26.2 Cc. Neste último caso, ademais do cumprimento dos requisitos xerais para a recuperación da nacionali-

¹³ Cfr., art.2º Directiva CE do 28 de xuño de 1990.

¹⁴ Inclúen a Portó Rico, Andorra, a Guinea Ecuatorial ou Portugal.

dade española, o art. 26.2 Cc esixe que o interesado obteña unha especial habilitación do Goberno en dous casos: a) no caso daquelas persoas que foran privadas da súa nacionalidade española non de orixe conforme o artigo 25 do Código civil; e, b) cando se trate de persoas que perderan a nacionalidade española «sen cumprilo servicio militar español ou a prestación social substitutoria».

A parte final do relatorio estivo dedicada á habilitación considerada no artigo 26.2 Cc que deberá concederse mediante acordo do Consello de Ministros, a proposta do Ministerio de Xustiza¹⁵. Unha vez obtida, será o momento de solicita-la recuperación, con esa dispensa de residencia se é o caso (Orde do 11 de xullo de 1991).

A habilitación comprende tódolos españois non orixinarios¹⁶ que foron privados da nacionalidade española con base no artigo 25.1 b) e, en principio, en atención ó artigo 25.2 do Código civil (art.26.2 a) Cc), é dicir, cando entren voluntariamente ó servicio das armas ou exerzan cargo político nun estado estranxeiro contra a prohibición expresa do Estado español (art. 25.1.b Cc).

En todo caso, a recente supresión da obrigatoriedade da prestación do servicio militar, fai do artigo 26.2.b) do Cc unha previsión legal de carácter simplemente temporal, pois unicamente pode afecta-los que perderon a nacionalidade española nunha época onde rexía en España a obriga da prestación do servicio militar ou da prestación social substitutoria.

O derradeiro relatorio das xornadas dedicouse ós dereitos dos estranxeiros, para o que se contou coa intervención de Enrique Álvarez Conde, catedrático de dereito constitucional da Universidade Rei Xoán Carlos e ex-director do Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). O relator partiu de tres premisas:

1) A presunta constitucionalidade da Lei 8/2000 en función da xurisprudencia do propio Tribunal Constitucional (TC) cando impugnou a Lei 7/1985. Trátase dunha cuestión xa xulgada e que, se cadra, non debería admitirse a trámite o recurso de inconstitucionalidade.

2) A desigualdade de trato entre españois e estranxeiros está constitucionalmente admitida.

3) As normas, e en concreto a Lei de estranxeiría, son un marco xurídico para realizar unha serie de políticas públicas en relación co fenómeno da emigración e que non cinguen a realización desas políticas públicas.

No informe do Consello Xeral do Poder Xudicial (CXPX) sobre o Regulamento da nova lei de estranxeiría non hai nin un só problema xurí-

¹⁵ Art. 223.1 Regulamento do Rexistro civil e 25.d Lei 50/1997.

¹⁶ Segundo o artigo 11.2 da CE non cabe privar da nacionalidade os españois de orixe, o que queda recollido expresamente no artigo 25 do Código civil.

dico sobre os temas expostos no seminario estes días, só pequenas referencias respecto do tema de visados. Un órgano constitucional como o consello ó emiti-lo seu informe xurídico non presenta ningún problema xurídico.

Así, o profesor Álvarez Conde defende como tese a constitucionalidade da Lei de estranxeiría, sen que isto lle impida dicir que é unha mala lei dende o punto de vista técnico-xurídico. Tan mala coma a Lei 4/2000.

Poderá discutirse politicamente se debe reformarse a Lei 4/2000, poderá discutirse se o regulamento deslegaliza ou non materias da Lei de estranxeiría, pero o relator cre que chegou o momento de deixar de preguntarse a constitucionalidade ou non dunha norma e de utilizala para solucionar ese problema da emigración.

O problema da Lei de estranxeiría non é a súa constitucionalidade ou non, senón a integración desta norma con outras normas do noso ordenamento xurídico. Hoxe en día é consubstancial a teoría xeral dos dereitos fundamentais. É algo que está consolidado que os dereitos e liberdades non son os mesmos nunha democracia liberal ca na democracia constitucional dos nosos días. A regulación xurídica é consubstancial ós dereitos fundamentais que non son dereitos absolutos. Existe un principio de xerarquía arredor dos dereitos fundamentais, así a «teoría das liberdades preferentes» da xurisprudencia norteamericana.

Moitos dos dereitos que se enuncian na lei non teñen carácter fundamental. O dereito ó reagrupamento familiar non é un dereito fundamental, así o recoñeceron determinados informes xurídicos sobre estes temas. É dicir, tódolos dereitos son dereitos de configuración legal e o lexislador o único que ten que respectar nesa regulación é o contido esencial deses dereitos e liberdades.

Os dereitos dos estranxeiros son todos dereitos constitucionais no sentido de que non son dereitos que poden ser outorgados polo lexislador, senón que son os dereitos que están no texto da Constitución, e así pronunciouse o TC.

A Constitución española está feita por españois, pero non só para españois, e na regulación da situación dos estranxeiros opta polo principio de igualdade, principio que o TC consolidou xa nunha xurisprudencia criticable, pero en que a discriminación pode ser establecida para determinados grupos sociais. No proceso de elaboración da lei, no dicame do Consello de Estado, establécese claramente que o cumprimento das condicións para entrar nun estado nunca pode ser un elemento de discriminación. E na Sentencia 24/2000 o TC vén dicir que o Estado dispón dunha ampla potestade para controla-la entrada, a residencia e a expulsión dos estranxeiros no seu territorio. Isto quere dicir que o lexislador, para determinados grupos sociais, non só para estranxeiros, pode establecer condicionamentos adicionais no exercicio dos dereitos e li-

berdades, condicionamentos que en todo caso, só teñen un límite: respecta-lo contido esencial dese dereito ou liberdade.

O problema trasládase á situación dos estranxeiros ilegais. Porque os estranxeiros legais non presentan ningún problema. A ilegalidade non pode transformarse nunca nun privilexio, e, en consecuencia, a situación de ilegalidade xustifica limitacións. Isto último é propio da lei pola súa oposición ós tratados internacionais. Intentar xustifica-la inconstitucionalidade da lei pola súa oposición ós tratados internacionais ratificados por España non resiste ningunha análise xurídica seria. Moito menos cando se citan tratados internacionais que carecen de valor xurídico que só teñen un simple valor hermenéutico ou interpretativo. É dicir, a residencia legal dos estranxeiros pasa a ser *conditio sine qua non* para determinar-lo status xurídico destes.

Outra idea posta de manifesto polo profesor Álvarez Conde é que a Lei 8/2000 nin é unha volta á Lei de 1985, aínda que ten concomitancias, nin é tan diferente da Lei 4/2000, é máis restrictiva, pero hai máis semellanzas ca diferencias, salvo esas diferencias substantivas. Os recursos de inconstitucionalidade céntranse neses dereitos e liberdades clásicos (folga, sindicación, manifestación e asociación), e expóñense, non por unha razón xurídica, senón por unha razón política.

O problema radica na eficacia da regulación dos dereitos e liberdades que fixo a Lei de estranxeiría. Segundo o profesor Álvarez Conde, o lexislador equivocouse e quizais non fora necesario modifica-la Lei 4/2000. Se se regula vía regulamento implicaría unha invasión do principio de reserva de lei. En consecuencia, defende a tese de que a regulación dos dereitos dos estranxeiros se converteu nun puro divertimento entre académicos e que non vai ter ningunha transcendencia xurídica para os estranxeiros ilegais en España, porque no fondo algún destes dereitos son dereitos inofensivos.

Os dereitos obxecto de recurso, de reunión, de manifestación, de asociación e de sindicación, son os dereitos que menos problemas presentan. Son máis problemáticos os dereitos á educación, á tutela xudicial, á potestade sancionadora administrativa, á asistencia xurídica gratuíta e os de asilo e refuxio.

O informe do valedor do pobo contiña unha serie de recomendacións dirixidas a órganos públicos respecto ás políticas públicas tendentes á integración dos estranxeiros. A estas únese o programa GRECO que ten entre os seus obxectivos a reinserción social dos estranxeiros ilegais en España, máis de 100.000 segundo as últimas cifras. As recomendacións do informe do valedor do pobo establecen: orientacións contra a contratación ilegal, con referencia a tres sectores específicos (agrícola, construción e servizo doméstico); a confección anual dunha cota de emigrantes; recomendacións á Administración española como a crea-

ción de oficinas únicas para emigrantes, así como potencia-la acción exterior de España nos países emigrantes; implementar unha serie de políticas educativas e sociais, e outras en relación cos menores; propostas de garantías no que atinxe á expulsión dos estranxeiros, procedementos, estudo do caso dos polisóns ata a situación en Andalucía. Estas recomendacións e as do programa GRECO non coinciden substancialmente.

O profesor Álvarez Conde rematou a súa intervención afirmando que o importante é que os poderes públicos dispoñan dos mecanismos xurídicos para afronta-lo problema da emigración, e non se a lei é constitucional ou non. Non existe unha solución xurídica no momento, o importante é que existan unhas regras de xogo entre as forzas políticas, con independencia da inconstitucionalidade ou non da norma.

Estas xornadas pretenderon servir, nos días posteriores en que se procedeu á reforma da Lei de estranxeiría, a un mellor coñecemento, a unha mellor comprensión de canto detrás desta lei se deixa facer, se tenta, se cumpre, se amplía ou se esquece de xeito máis ou menos consciente.

O problema é de tal gravidade que mesmo acabamos acostumándonos a noticias diarias en que nunca faltan palabras como «patera», «morte», «mulleres grávidas» que arriscan a súa vida no paso do estreito, «abusos» permanentes en forma de salarios inhumanos, medos, devolucións a incertos países de orixe, marxinacións, gheto...

Non se poden esquecer, loxicamente, os esforzos, as experiencias e realizacións en curso, as múltiples formas de alivio que hoxe por hoxe, e de xeito xeneroso, discorren por doquieir. Pero é imprescindible, á vez, dalas a coñecer, publicalas, perfeccionalas; e provocar, por riba de todo, as implicacións sociais de persoas, grupos e institucións. O problema, o mesmo cás solucións, non deben ser puramente políticos ou oficiais. A man tendida, a implicación directa, a busca de encontros e xornadas como as que tiveron lugar aquí, etc, deberían aumenta-la ampliación de seguridades, a redución dos medos e a ampliación de climas de confianza.

Non queda máis ca felicita-lo Ilustre Colexio de Avogados de Vigo pola excelente acollida e absoluta colaboración na organización das xornadas, así como destaca-la importancia destes fructíferos encontros que achegan o mundo académico á realidade social. ■



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIONES

Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000

Manuel Alonso Olea

Civitas Editorial S.A., Madrid, 2001

Neste momento atopámonos con dúas leis orgánicas sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, Lei orgánica 4/2000, do 27 de xaneiro e Lei orgánica 8/2000 do 22 de decembro, a segunda de modificación profunda da primeira. O resultado é que estamos ante un barullo normativo composto por: preceptos da Lei 4/2000 non modificados pola Lei 8/2000, vixentes por tanto; preceptos da Lei 4/2000 modificados pola Lei 8/2000, derogados por tanto; preceptos inexistentes na Lei 4/2000 que aparecen *ex novo* na Lei 8/2000, incorporándose a aquela e preceptos da Lei 8/2000 que tecnicamente non modifican nin se incorporan á Lei 4/2000.

A Lei 4/2000 entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2000 e continúa hoxe en vigor nas partes non reformadas pola Lei 8/2000. A súa parte non reformada estivo en vigor ata a súa derogación pola Lei 8/2000, cando á súa vez esta entrou en vigor, conforme a súa disposición final quinta, o 23 de xaneiro de 2001.

A Lei 4/2000 deu un prazo para que se dictara o seu regulamento que expirou o 1 de agosto de 2000. A Lei 8/2000 concedeu un novo prazo dentro do cal o Goberno aprobaría o Regulamento da lei orgánica 4/2000, entre tanto estaría en vigor o vello Regulamento da lei de 1985. Este mandato levouse a cabo mediante o recente Real decreto 864/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o Regulamento de execución da lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, refor-

mada pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro, que entrou en vigor o 1 de agosto de 2001.

O estranxeiro do que se ocupa a Lei orgánica de estranxeiría¹ é o que está en España ou pretende entrar nela; de aí que sexan obxecto da súa regulación os requisitos de entrada en España e as situacións en que se atopa o estranxeiro que entrou nela. Agora ben, dado que para entrar en España o estranxeiro debe acreditar medios de vida suficientes para o tempo que pretenda permanecer, ou estar en condicións de obtelos, e dado que nun país de inmigración intensa como España, o seu traballo é o medio típico co que o emigrante conta como medio de vida, a lei pasa a ser unha lei de traballadores estranxeiros.

Só se pode entrar en España polos postos habilitados para o efecto, provisto de pasaporte ou documento de viaxe que acredite a identidade do estranxeiro. Será preciso ademais un visado. O indeterminado «un» apunta a que existen varios tipos de visado, o que confirma o artigo 27, ó falar de visados de estancia e de visados de residencia para reagrupación familiar ou para o traballo por conta allea. O visado solicítase e é expedido polas embaixadas e consulados españois no estranxeiro, excepcionalmente, o visado de estancia pode ser obtido no posto fronteirizo. Mais a LOEs remite o seu regulamento ó procedemento de concesión e expedición de visados. Quen entre en España por lugar non autorizado, ou sen visado sendo este necesario, ou estea en España esgotado o tempo do seu visado, ou este non se corresponda con aquilo para o que foi concedido, é un ilegal.

Os estranxeiros que entran legalmente en España, atópanse nunha destas tres situacións:

■ Estancia, é a permanencia en territorio español non máis de noventa días, prorrogables por tres meses. Esta prórroga compételle ó Ministerio do Interior. O estranxeiro que permanece en España máis de noventa días (máis a prórroga, se é o caso) é un ilegal se non obtivo a residencia temporal.

■ Residencia temporal, autoriza a permanecer en España por máis de noventa días e non máis de cinco anos. É esta a clase ou situación de residencia de que precisa e que se lle concederá ó estranxeiro que se propoña realizar unha actividade económica por conta propia ou allea. A estancia non é bastante para traballar sen permiso de traballo e a residencia permanente fai innecesario o permiso de traballo.

■ Residencia permanente, é á que teñen dereito os que tiveran residencia temporal durante máis de cinco anos de forma continuada. Autoriza a residir en España indefinidamente e a traballar en igualdade de condicións cós españois, por iso non precisan permiso de traballo.

Debe recordarse que unha residencia que durase máis de dez anos é a ordinariamente pedida polo Código civil² para a concesión da nacionalidade espa-

¹ En adiante LOEs.

² Vid artigo 22 do Código civil.

ñola, por residencia. Residencia legal, continuada e inmediatamente anterior á petición, debendo ademais o peticionario xustificar unha boa conducta cívica e suficiente grao de integración na sociedade española. Outras reducións á parte, dous anos de residencia serán suficientes cando se trate de nacionais de orixe de países iberoamericanos, Andorra, as Filipinas, a Guinea Ecuatorial ou Portugal ou de sefardís.

Ademais para exercer en España calquera actividade lucrativa, laboral ou profesional os estranxeiros –maiores de 16 anos– deben obter ademais do permiso de residencia ou autorización de estancia, unha autorización administrativa para traballar. Distingue a LOEs entre permiso de traballo por conta allea e permiso de traballo por conta propia, e os profesionais:

- Permiso para traballar por conta propia: para traballar por conta propia, en calidade de comerciante, industrial, agricultor ou artesán, o estranxeiro debe te-la autorización administrativa cando sexa necesaria para a actividade á que queira dedicarse, así como as licencias de apertura e funcionamento que a lexislación nacional esixa.

- Permiso para traballo por conta allea: o permiso inicial de traballo, éo por unha duración inferior a cinco anos e pode limitarse a territorio ou actividade determinados. Esencial para a concesión é a existencia dunha oferta de traballo proveniente de quen vai se-lo empresario do estranxeiro.

- Profesionais: son os que exercen unha profesión para á que se lle esixa unha titulación especial. Para estes a consecución do permiso, sexa por conta propia ou allea, condicionarase á posesión e, se é o caso, homologación do título correspondente e á colexiación se as leis o esixen. Cumpridas estas condicións, os requisitos que se lle esixen ó profesional para traballar en España son os mesmos ca para os traballadores por conta propia ou allea segundo o ámbito ou actividade en que pretendan exercer-la súa profesión en España.

Para a concesión de permisos de traballo –ofertas de emprego que se ofertan a traballadores estranxeiros que non se atopen nin sexan residentes en España– o Goberno, tendo en conta a situación de emprego, isto é, se existe necesidade de man de obra, fixa anualmente o continxente, entendido por tal o número e as características daquelas ofertas. Están exceptuados de continxentación –para eles non se terá en conta a situación de emprego– aínda que necesitan permiso de traballo, os traballadores estranxeiros relacionados no artigo 40 da LOEs. Mais existen excepcións á necesidade do permiso. Así hai que distingui-los supostos de reagrupación familiar dos que pola súa variedade chamamos outros supostos:

- Reagrupación familiar: se pretenden traballar poden obter permiso de traballo, fóra de continxentación, o cónxuxe ou fillo de estranxeiro residente en España cun permiso de traballo renovado. Pero con independencia desto –é dicir, sen necesidade de traballar nin de obter permiso de traballo– o estranxeiro residente (do que evidentemente se supón que ten os medios de vida suficientes para o reagrupado) ten dereito a reagrupar con el en España:

▮ O seu cónxuxe sempre que non se atope separado de feito ou de dereito, ou que o matrimonio se celebre en fraude de lei.

▮ Os seus fillos e os do cónxuxe, menores de 18 anos ou incapacitados, incluído os adoptados e que non se atopen casados. Tamén os menores dos que o estranxeiro sexa representante legal.

▮ Os ascendentes do estranxeiro que dependan del economicamente sempre que existan razóns que xustifiquen a súa residencia en España.

▮ Outros supostos. Os reagrupables son o suposto máis compacto de estranxeiros que non precisan permiso de traballo; tampouco o necesitan, pese a que entran en España para traballar, os estranxeiros do artigo 41.

Todo o anterior á parte, o artigo 2 da LOEs exclúe por completo do seu ámbito o persoal diplomático e consular estranxeiro; os representantes, delegados e funcionarios de organismos intergubernamentais con sede en España ou en conferencias internacionais que se celebren en España; e os familiares de todos eles, aplicando regras xerais ou especiais de dereito internacional.

Para os estranxeiros que estiveran en España antes do 1 de xaneiro de 1999 e non tiveran, pero solicitaran nalgunha ocasión, permiso de residencia ou de traballo, ou tivéranos nos tres últimos anos, a disposición transitoria primeira da Lei 4/2000 dispuxo que o Goberno establecera o procedemento para regular-la súa situación, o que efectivamente se fixo polo Real decreto 239/2000, do 18 de febreiro, publicado o 19 e en vigor desde o 20, data esta última ata que o permiso puido ser solicitado para os efectos da regularización. Á súa vez, a Lei 8/2000, na disposición transitoria cuarta, autoriza o Goberno a face-lo preciso para regulariza-la situación dos que a solicitaran conforme a Lei 4/2000, lles fose denegada exclusivamente por non cumpri-lo requisito de atoparse en España antes do 1 de xuño de 1999. A citada disposición transitoria cuarta foi executada polo Real decreto 142/2001, do 16 de febreiro, que manda que se revoguen as resolucións desestimadas e que se atendan as peticións que se atopen en trámite, sen ter en conta a data do 1 de xuño de 1999, senón a entrada en vigor deste real decreto. Co cal a regularización quedou aberta sen límite de data ata o 2 de marzo de 2001 en que o real decreto entrou en vigor.

Os permisos especiais son:

▮ Traballadores de tempada ou campaña pola duración desta. Regularase o permiso de traballo que lles permita a entrada e saída do territorio nacional conforme aquela duración.

▮ Traballadores transfronteirizos: os que residindo na zona limítrofe, traballan en España e regresan ó seu lugar de residencia diariamente (Xibraltar, Mellilla e Ceuta). Deben obter a correspondente autorización administrativa cos requisitos e condicións cos que se conceden as autorizacións de réxime xeral, isto é, o correspondente permiso de traballo.

▮ Estudiantes estranxeiros; non estarán autorizados para exercer unha actividade retribuída por conta propia nin allea e os seus traballos de investigación ou formación non serán remunerados laboralmente. Poderán exercer acti-


vidades remuneradas a tempo parcial ou de duración determinada incluso ó servizo das administracións públicas. Non se trata legalmente dun permiso de traballo, senón dunha autorización de estancia para estudar.

En canto ó sistema de infraccións e sancións distinguimos entre as administrativas, penais e civís.

En canto ás infraccións administrativas (art. 52,53,54) poden ser leves, graves e moi graves. As sancións son as típicas das infraccións administrativas, isto é, multas. Sancións que se graduarán segundo o grao de culpabilidade, o dano producido, o risco derivado, a súa transcendencia e especialmente a capacidade económica do infractor. As sancións adicionais poden se-lo comiso dos bens móbiles ou inmobles de calquera natureza do que se servira o infractor e a clausura de seis meses a cinco anos do establecemento en que traballe o estranxeiro sen permiso de traballo. Tamén é unha sanción administrativa a expulsión de España (art. 57 e 58) que se lle impón ó infractor estranxeiro no lugar da sanción de multa. A expulsión leva consigo a extinción de calquera autorización para permanecer en España de que fose titular o expulsado e a prohibición de entrada no noso país por un período mínimo de tres e máximo de dez anos. Tamén son devoltos e retornados ó seu punto de partida quen pretenda entrar ilegalmente no país. Mais non poden ser devoltas as mulleres embarazadas. Tampouco aqueles que formalizaran unha petición de asilo mentres non se decida a non admitila a trámite.

Por outra banda, en canto ós delitos e ás penas, o emigrante non é o delincuente senón a vítima destes.

Toda a regulación do traballador estranxeiro por conta allea está construída sobre o principio de que o permiso de traballo é requisito *sine qua non* do contrato de traballo, polo que está prohibida a súa realización sen este permiso. Polo tanto o contrato sen permiso é nulo. Mais no caso de que o contrato resultase nulo, o traballador poderá esixir polo traballo que xa prestara, a remuneración conseguinte a un contrato válido. As prestacións económicas por accidente de traballo –as sanitarias, desde logo– son debidas, pese a nulidade do contrato e serán a cargo do empresario.

O artigo 13.1 da Constitución ampara os dereitos e liberdades do estranxeiro cando di «os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei». A LOEs no seu artigo 3.1 establece que «os estranxeiros gozarán en España dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución, nos termos establecidos nos tratados internacionais, nesta lei e nas que regulen o exercicio de cada un deles». Polo tanto, os dereitos e liberdades citados, son exercitados polo estranxeiro en condicións de igualdade cós españois. 

María del Carmen Silva López

Avogada

La democracia en Europa

Larry Siedentop

Siglo XXI de España Editores, maio 2001

O autor defende nesta obra a urxente necesidade de profundar nos temas políticos fundamentais que xurdiron por mor do proceso de unificación europea. Tomando a inspiración das ferventes discusións que precederon o nacemento do Goberno federal nos Estados Unidos de América, Larry Siedentop investiga qué podemos razoablemente esperar e qué podemos temer dunha Europa unida. Así mesmo, contrapón o pensamento dos grandes teóricos do goberno supranacional, como Montesquieu e Tocqueville, cunha análise profunda e crítica da Europa contemporánea. A pesar da hostilidade profunda entre os euroescépticos e os partidarios dunha Europa unida, os contornos do discurso político serio xa foron esbozados. Mentres que os escépticos falan de soberanía nacional e invocan o espírito de resistencia dos tempos de guerra, os eurófilos abrazan o idealismo da eurozona.

Siedentop razoa que só sobre a base dunha constitución publicamente discutida e consensuada poderase construír unha Europa capaz de estar á altura das presións que haberá que soportar, e manifesta que o movemento cara á integración europea, que xa se iniciou, cambiaranos a todos. Depende de nós, di Siedentop, asegurarnos que sexa para ben.

Larry Siedentop examina a través do libro se é factible o goberno representativo nun espacio físico tan extenso como é Europa, así como a homoxeneiza-

ción da diversidade humana e cultural de Europa. Explora as ameazas para a autonomía local e a liberdade individual, e anatomiza as moi diferentes culturas políticas da Gran Bretaña, de Francia e de Alemaña. Propón a discusión pública dunha constitución europea e comunmente establecida que sexa a columna vertebral dunha Europa democrática.

A Unión europea é unha cuestión pouco opinable: a insignificancia de Alemaña ou de Francia, non digamos de España, comparadas ós Estados Unidos, o Xapón, a China, a India ou o Brasil, borra do mapa os europeos se non se logra a súa unidade. Non un acordo, un mercado ou unha confederación senón unha verdadeira unidade: cun só centro de decisión para as grandes materias políticas, económicas, defensivas...

A premisa que Larry Siedentop propón é que a base firme para a Unión europea sexa o «constitucionalismo liberal», o patrón dos Estados Unidos de América.

Siedentop é un federalista convencido, é dicir, el cre nunha forma de estado fundada nunha doutrina liberal de dereitos humanos, coa regra da lei que garante a igualdade dos individuos, e con garantías fortes para a autonomía local. Pero el faise a pregunta esencial: cómo se pode acadar isto en Europa sen unha discusión axeitada sobre os principios desta construción e sen un calendario que permita a supervivencia das diversas culturas políticas nacionais e o espírito cívico destas.

Siedentop precisa que tres tradicións políticas radicalmente diversas están nunha confrontación disfrazada en parte polo enredo francoxermano, en parte polos modos consumistas que empobrecen o pensamento político. O modelo británico, informal (constitución non escrita), que confía nunha madeixa ininterrompida do desenvolvemento e do consentimento institucional, é «radicalmente confuso» e inexportable. O modelo alemán, o federal, é meta dos estados europeos máis pequenos. Mentres que o modelo francés, altamente centralizado e burocrático, dominado pola elite administrativa e política, está xa instalado no soto europeo, e que debe se-lo gañador en calquera progreso rápido cara á unificación europea.

O autor sostén que Alemaña é a propulsora da unificación europea, excepto no sentido de que a unificación alemana foi primeiro ralentizada e despois impulsada por Francia. Na análise implacable de Siedentop, a clase política francesa emerxe como a conductora verdadeira na busca da vantaxe económica e política de Europa, e da identificación de «Europa» como extensión de Francia.

Siedentop non abandona a idea de que Europa poida inventar unha nova forma política consistente «en algo máis ca unha confederación, pero menos ca unha federación (de estados soberanos)». Pero proporciona unha morea de razóns para crer que a situación verdadeira é que as elites de Europa están a destruí-la mesma base democrática do consenso entre culturas políticas establecidas, cun proceso de integración conducido esencialmente polos medos e ambicións de Francia.

Algúns dos ataques de Siedentop están centrados en aspectos moi concretos, por exemplo:

- A ausencia dunha clase política europea.
- A ausencia de cidadáns europeos, dunha linguaxe común e dunha opinión pública europea.
- A lexitimidade democrática está en risco.
- A responsabilidade democrática é a miúdo superficial.
- Carencia dunha cultura do consentimento.

Siedentop non é contrario ó modelo francés. Polo contrario, el ve a política rexional francesa cun potencial de converterse pausadamente no modelo de integración europea. Afirmar que «os franceses teñen máis que dar a Europa porque cren nunha Europa cultural»; porque «saben o que desexan», e debido á experiencia gañada na súa acertada transición dende as ruínas dos tempos da guerra. Sen embargo, critica sen piedade os métodos para conseguilo seu modelo de Europa. Siedentop é absolutamente preciso en canto ós riscos terribles de ir demasiado rápido. Non debemos esquecernos de que foi necesaria unha guerra civil para crea-la Constitución americana.

Non é doado afastarse do enfoque que afirma que a democracia e o estado-nación están atados un ó outro. O debilitamento do estado-nación por un proceso de internacionalización é, do mesmo xeito, un debilitamento da democracia. Ata o de agora, non lles puídemos aplica-los principios da democracia ós espacios políticos máis alá do estado-nación.

Europa nunca foi máis estable e democrática en toda a súa historia. ¿Por que esas eivas de lexitimidade democrática cando os gobernos elixidos se reúnen nun ámbito europeo e toman decisións colectivas? Os mesmos gobernos que gozan de lexitimidade democrática no nivel nacional adoptan regras autoritarias cando actúan nun nivel europeo. Non existiría ningún déficit democrático nas políticas colectivas consensuadas nun nivel comunitario se se respectan os propios procedementos democráticos nacionais.

É necesario, segundo o autor, afirmar que a internacionalización e a integración non comezan alí onde o estado-nación remata, vai máis alá. A media de nacionais estranxeiros nas sociedades europeas é de case o 6%. Alemaña ten tres millóns de musulmáns. Os estranxeiros en cidades como Frankfurt, Hamburgo, Múnic e Berlín representan cerca do 25%, e o mesmo na maioría das outras grandes urbes europeas. Os límites entre a esfera nacional e internacional non están moi claros, excepto quizais en termos legais. As dúas esferas solápanse cultural, social e economicamente.

Obviamente levará un tempo acordar unha constitución formal. Incluso se os traballos comezan este ano 2002, o proceso precisará polos menos dunha década para xerar un consenso sobre o que se veu denominando a *finalité de l'Europe*.

É inverosímil que a meta ambiciosa de crear unha federación europea se poida acadar entre hoxe e o 2004, data en que a próxima Conferencia intergubernamental

mental (CIG) terá que proporcionar-lo marco institucional para unha Unión europea ampliada. Antes do 2010 –se se asume que o proceso da ampliación se moverá cara adiante tal como está previsto– 12 países máis poden ser membros da Unión europea. Iso non inclúe Turquía, outro membro potencial da UE. A ampliación cara ó leste fixará un novo *tempo* político e económico e os arranxos institucionais e culturais necesitarán flexibilidade.

A análise que fai Siedentop, modelada a partir da *gran discusión constitucional* levada a cabo polos pais fundadores da Constitución americana, e descrita diafanamente por Alexis de Tocqueville na súa obra *A democracia en América*, terá probablemente un dos desafíos máis profundos para a convención constitucional, na CIG do 2004, en que se procurará pavimenta-la base para a ampliación europea.

A análise que fai Siedentop da Unión económica e monetaria (UEM) é, claramente, a parte máis débil do seu libro. A súa discusión dos aspectos económicos da integración europea é superficial e ideolóxica. Para el, a UEM, é un concepto marxista que demostra unha especie de determinismo vulgar. É certo que Europa necesita ser un proxecto de revitalización democrática, tanto no ámbito nacional coma europeo, pero o que Siedentop chama «*economism*» non é, en absoluto, un perigo para a democracia. As regras e regulamentos económicos non son máis cá cola de contacto dos estados membros europeos entre eles. Isto ten máis que ver con Adam Smith e nada con Karl Marx.

Ó contrario do que Siedentop suxire, non é verdade que non haxa unha gran discusión sobre un estado federal e un constitucionalismo liberal para Europa. Alemaña foi un dos estados que máis activa e notablemente explicou a súa posición, tanto no que concirne á ampliación, coma respecto á necesidade dunha constitución para Europa. Non é demasiado difícil de explicar por qué para Alemaña a ampliación é a mellor ocasión de crea-las condicións para a estabilidade permanente das súas fronteiras. Os mercados do leste estarán abertos outra vez, pero esta vez, sen as friccións do pasado. A participación alemana no discurso constitucional é nova, polo menos de xeito oficial, xa que este era un traballo que ata o de agora estaba limitado ós profesionais –federalistas–, non ós funcionarios do goberno.

O chanceler Gerhard Schröder e o ministro de Asuntos Exteriores, Joschka Fischer, levaron adiante os seus deseños para Europa. Isto demostrará que Alemaña gañou confianza no seu modelo de democracia e que este modelo pode ter validez nun nivel europeo.

É verdade que Europa pode inventar unha nova forma política, algo que non se conformará coas confederacións tradicionais ou co modelo do federalismo americano. Neste sentido, afirma Siedentop, aínda non témo-lo nome para o resultado.

Algúns preto do Goberno británico concluíron que «intergubernamentalismo» é agora o nome do xogo, e quen pode e debe domina-la Comisión é o Consello de Ministros, dun xeito que non puido facer a finais dos 80 e primeiros 90.

Siedentop critica a subordinación da discusión política á discusión económica, o que crea unha crise de lexitimidade democrática. Defende a necesidade de conecta-lo proxecto europeo coas culturas políticas nacionais e as clases políticas nacionais coma unha prioridade.

Un senado europeo integrado polos membros dos parlamentos nacionais podería contribuír a este proceso, especialmente se un dos seus deberes principais fora o de resistirse á centralización innecesaria de Bruxelas. O «principio de subsidiaridade» cómpre estar dotado dalgúns resortes institucionais se desexa ser eficaz. Así mesmo, sería necesaria unha «carta de competencias» que proporcionarían unha base formal para limita-la centralización.

Aquí é onde é útil o federalismo americano, non porque poida ser imitado, senón porque cómpre centrármola atención nos revestimentos centrais da construción de Europa hoxe: ¿como pode ser limitado o grao de centralización requirido para a integración política e económica, e ser, ó mesmo tempo, suxeito formalmente á responsabilidade democrática?

Por outra banda, albíscase unha creba para o proxecto francés. O desafío de amplía-la Unión europea presenta unha ameaza para o modelo preferido dos franceses. Unha delas, exposta polo Sr. Chirac recentemente, é que os pioneiros de Europa presiónen a continuación por unha integración máis profunda. Non é unha casualidade que o calendario da UE se elaborara de xeito que Francia ocupe a cadeira presidencial mentres se produce a ampliación e se lle fai fronte a un novo tratado elaborado en Niza. Nin é unha casualidade que os franceses comezaran a impulsa-la importancia das fronteiras para Europa. A carencia de entusiasmo por parte francesa a penas é disimulada polo que respecta á ampliación.

A UE creou un mercado único europeo, unha Unión económica e monetaria (excepto para Suecia, Dinamarca e o Reino Unido) e xa temos unha moeda única. O marco desapareceu. O franco e outras moedas tamén.

¿A creación do euro conducirá á creación dun estado europeo? Siedentop presenta dúas posturas: por unha banda os integraciónistas, que cren que unha moeda común non pode sobrevivir sen un «gobierno económico»; e os antiintegracionistas, especialmente na Gran Bretaña, que temen que isto poida suceder.

Máis alá das regras elementais do pacto común de estabilidade e modernidade (criterios de converxencia en canto a déficit e gasto público), o éxito do euro non depende do mesmo nivel de impostos directos en tódolos países membros e dun sistema de recursos transferidos dos ricos ós pobres (fondos estruturais). O euro pódese considerar, non como o paso decisivo cara ó «federalismo europeo», senón simplemente como o paso final na creación dun só mercado europeo.

Tendo en conta o dito, é absolutamente probable que nos vindeiros anos, atoparémonos invitados para artellar algo que algúns poidan chamar unha constitución europea. As capacidades dos diversos niveis de goberno serán fixas. Os tratados serán postos en orde. Todo isto será saudado con fanfarras nuns países e detestado polos outros. Mentres, os tendóns da Unión europea serán afrouxa-

dos pola ampliación a 25 estados, o que supón 100 millóns máis de cidadáns europeos.

A análise de Siedentop está fundada na convicción de que as institucións constrúen culturas. Pero ¿é se a relación funciona doutro xeito? ¿E se, pola contra, realmente son as culturas as que constrúen as institucións?

O idealismo pode conducirnos á creación de institucións que son rexeitadas polas culturas que pretenderon construír, ou de institucións baleiras porque están fóra da realidade desas mesmas culturas.

Hai, sen embargo, pouco perigo de que iso suceda. Europa seguirá a se-lo que foi sempre, unha proxección dos intereses e das preocupacións dos seus estados membros. Xa porque carecen de idealismo, xa porque teñen unha experiencia demasiado amarga dos seus perigos, o *demós* europeo esixe que Europa se converta en algo máis.


Europa ímponse, si, pero a súa verdadeira unidade só pode facerse por un camiño: o camiño contrario ós subterfuxios cos que se finxe ás veces unha inmaculada e inexistente soberanía. Pero a vella soberanía nacional ideada por Jean Bodin en 1560, cede hoxe parcelas e fraccións do seu núcleo duro: na emisión de moeda, na elaboración de leis, na articulación da defensa, a seguridade ou a política exterior. As políticas *comunitarízanse*, e este é o xeito, ás veces sincero, outras hipócrita, de recoñecer que se europeízan, que se unifican.

Dende hai 50 anos a Comunidade avanza, progresa, e detense. Pero non retrocede. Hoxe mesmo, nunha das horas máis baixas da Unión, discútense a marchas forzadas acerca dunha futura policía común, de servicios de intelixencia comúns, dunha forza de intervención europea de 70.000 homes que actúe en situacións de crise. A forza interna, a dinámica mobilizadora do proxecto é así. Entre tanto algúns estados finxen que nada cambiou, que todo segue igual coma antes da guerra (de 1914-1918).

A subsidiaridade xoga un papel central no funcionamento da Unión. O que poida resolverse nun nivel local decídase nese nivel local: o mesmo pode dicirse doutros niveis, rexional, nacional e supranacional.

Estamos nun mal momento de Europa. Sen liderado, condición para que algo avance no terreo político. Pero o proceso sufriu polo menos seis grandes crises e saíu reforzada de todas elas. Hai poucas semanas, a moeda única chegoulles ós petos de 300 millóns de cidadáns. Forza xurídico-política, forza económica, forza militar. Alvin Toffler traza un dos seus proféticos escenarios: o exército europeo apoiarase mañá nunha xigantesca base económica, segunda pata da tríade do poder. Entre tanto avanza en silencio a Europa científica, enerxética, fiscal... a creación dunha unión continental está chea de dificultades inmensas. Pero só se pode confiar nesa forza interna, misteriosa, indefinible, que mantén a máquina a presión dende 1952. Europa enfrontábase hai poucos meses ó desafío da súa ampliación, da súa defensa integrada, da reforma institucional. Isto supón o punto central de discusión: como se distribúe o poder. Pero estalou o 11 de setembro e con el moitos soños saltan polo aire.

A cuestión é sabe-la verdadeira intención deste experimento histórico único. O euroescepticismo e os abstractos deseños constitucionais non son a resposta. As solucións reais e as iniciativas concretas poden aclara-lo camiño. O proceso de construción de Europa debe estar caracterizado pola dispersión do poder burocrático de Bruxelas e pola responsabilidade democrática.

A brevidade dunha recensión non lle pode facer xustiza a un libro que mordaz e sinceramente atravesada non só o fardo da construción europea, senón tamén o envoltorio da democracia en América, e o conflito entre as ideas liberais occidentais e o fundamentalismo musulmán, remontándose ás súas raíces filosóficas. As trabes de Siedentop son ás veces demasiado elegantes, demasiado hegelianas, absolutamente correctas, pero o son dos piares e a viaxe pola súa arquitectura fascinan pola súa dialéctica. O seu libro pode ter incluso a capacidade de rescata-la arte perdida do pensamento político británico. 

Juan M. González Hiltner

Político



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 espazo nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Incluíranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasificarlo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitíranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

Revista Galega de Administración Pública

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA